

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

CIBELE BACKES SCHMOLLER

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA O CRIME DE
PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/2006):
ESTUDO DO HC N 110.475/SC DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CRICIÚMA/SC

2015

CIBELE BACKES SCHMOLLER

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA O CRIME DE
PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/2006):
ESTUDO DO HC N 110.475/SC DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Me. Valter Cimolin

CRICIÚMA/SC

2015

CIBELE BACKES SCHMOLLER

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA O CRIME DE
PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/2006):
ESTUDO DO HC N 110.475/SC DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do
Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 09 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Valter Cimolin - UNESC - Orientador

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - UNESC

Prof. João Mello - UNESC

À minha família, que acompanhou cada passo, cada pequena conquista e dificuldade durante essa fase de minha vida, meu pai com seu apoio moral e financeiro, minha mãe com seu cuidado diário e ouvido aberto a lamentações, e minha irmã, confidente e cúmplice de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que acompanharam e apoiaram essa caminhada, em especial a minha família, que esteve sempre comigo, aguentando minhas reclamações e desabafos, revigorando meu ânimo e me dando forças para concluir essa etapa tão importante em minha vida, qual seja, a graduação.

Agradeço também ao meu Professor Orientador, Valter Cimolin, que se tornou um exemplo por seu amplo conhecimento e excelente didática nas aulas de Criminologia.

Aos membros da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, Núcleo Regional de Criciúma, na qual estagiei e que me trouxeram uma visão diferente do senso comum, o que me fez amadurecer profissionalmente. Não bastasse, foi nesse órgão que surgiu a ideia do presente tema de monografia, além de toda colaboração para seu desenvolvimento e conclusão.

RESUMO

Entre os objetivos da presente monografia está a análise, de forma sintética, da evolução do proibicionismo de drogas até o surgimento da Lei 11.343/2006 no Brasil, além disso, também se discorre sobre os fundamentos do princípio da insignificância, e outros relacionados ao mesmo e sua possibilidade de aplicação ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, levando em consideração o entendimento dos Tribunais Superiores e a decisão recente do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 110.475/SC que considerou viável tal aplicação. Sendo que a análise dessa decisão é o último objetivo estudado, ressaltando que referida decisão foi um caso isolado, visto que não teve repercussão geral e também diante da pacificação do Superior Tribunal de Justiça quanto a não aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de droga para consumo pessoal. Ante essa decisão inovadora, realizou-se uma análise detalhada, incluindo seu processo originário de número 008.06.006996-9 de Blumenau/SC. Por fim, buscou-se concluir sobre o problema apresentado, qual seja, as possíveis circunstâncias caso os tribunais passem a aplicar o princípio da insignificância ao delito do art. 28 da lei de drogas, visto a possibilidade de uma posterior descriminalização do uso de drogas, em especial da maconha.. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental legal, sendo que no terceiro capítulo, realizou-se o estudo do Habeas Corpus 110.475/SC do STF, já citado anteriormente. Conclui-se que a legalização/descriminalização das drogas é um tema que deve ser melhor estudado.

Palavras-chave: Consumo. Descriminalização. Drogas. Habeas Corpus 110.475/SC. Princípio da Insignificância.

ABSTRACT

Among the goals of this monograph, there is the analysis, in summary form, of the evolution of drug prohibition until the appearance of the law 11.343/2006 in Brazil, furthermore, also discusses about the fundamentals of the principle of insignificance, and another ones related to it, and the possible adhibition to the crime of drug possession for personal consumption, considering the understanding of the Superior Courts and the recent decision of the Supreme Court about the Habeas Corpus 110 475 / SC, where it considered the adhibition viable. Whereas the analysis of that decision is the last goal studied, emphasizing that the decision was an isolated case, since it did not have huge repercussion, and also before the pacification of the Superior Court of Justice as for not adhibition of the principle of insignificance for personal consumption. Faced with this innovative move, it was made a detailed analysis, including it is originating process with number 008.06.006996-9 of Blumenau / SC. Finally, it was sought to conclude about the problem presented, and also the possible circumstances if the courts begin to apply the principle of insignificance to the crime of article 28 of the drugs law, whereas the possibility of subsequent decriminalization of drug consumption, particularly Marijuana. The research method used was the deductive, in theoretical research with the use of library materials and legal documents, and in the third chapter, it was made the study of Habeas Corpus 110 475 / SC of Supreme Court, previously mentioned. It concludes that the legalization / decriminalization of drugs is an issue that should be further studied

Keywords: Consumption. Decriminalization. Drug. Habeas Corpus 110.475/SC. Principle of Insignificance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TÓXICOS	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROIBICIONISMO DE DROGAS	11
2.2 LEI 6.368/76.....	15
2.3 LEI 11.343/06.....	17
2.4 DAS MEDIDAS DESINSTITUCIONALIZADORAS E SUA APLICAÇÃO NO ART. 28 DA ATUAL LEI DE TÓXICOS	20
3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PROCESSO PENAL.....	26
3.1 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	29
3.2 TIPICIDADE.....	31
3.3 CRITÉRIOS DE RECONHECIMENTO E CLASSIFICAÇÃO DE CONDUTAS PENALMENTE INSIGNIFICANTES.....	33
3.4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS	36
3.5 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS	40
4 O HC N. 110.475/SC DO STF E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	44
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	44
4.2 O HC N. 110.475/SC DO STF	45
4.2.1 Evolução Processual	45
4.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	53
5 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	60
ANEXOS	65
ANEXO 1 – PETIÇÃO INICIAL HC 110.475/SC.....	66
ANEXO 2 – RELATÓRIO DA DECISÃO DO HC 110.475/SC.....	74

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como principal objetivo analisar a aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, qual seja, porte de drogas para consumo pessoal.

A relevância social do estudo deste tema reside no fato de este assunto ainda manter a sociedade dividida e ainda porque essa divergência sobre a aplicação do princípio da insignificância vai além do senso comum, ela está presente entre doutrinadores e também entre os ministros dos tribunais brasileiros.

Entre as hipóteses estudadas tem-se a básica, que se baseia na decisão recente do Supremo Tribunal Federal, onde adotou o entendimento da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes tipificados no art. 28 da Lei nº 11.343/06, qual seja, o porte de drogas para consumo próprio. Nesse sentido, entende a presente decisão que não é o fato de estar em posse de substâncias proibidas que figura como um delito que possa vir a causar danos a saúde pública. Ainda, estando a situação concreta elencada nos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, não teria porque, desconsiderar tal aplicação e tornar a conduta atípica por não causar lesão significativa a um bem jurídico relevante.

Como hipótese secundária tem-se o entendimento de que não há como aplicar o Princípio da Insignificância aos crimes previstos na Lei de Tóxicos, isso porque o perigo de causar lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a saúde pública, é presumido pelo simples fato de ocorrer a conduta proibitiva. Tal presunção vem do fato de o usuário adquirir a droga ilícita e, o simples fato de adquiri-la, coloca em risco a saúde pública e ainda alimenta o comércio ilegal de tráfico de drogas. Assim, independentemente da quantidade de droga que esteja em posse do acusado, já há o risco de causar prejuízo, não só para ele, mas para a sociedade. Portanto, não há como aplicar tal princípio.

Portanto, faz-se necessário um estudo, tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em que aplicou o Princípio da Insignificância no crime capitulado no art. 28 da Lei 11.343/06. Para isso, a presente monografia foi dividida em três capítulos, sendo que cada capítulo representa um objetivo específico.

No primeiro capítulo, tendo como objetivo um estudo da política criminal de drogas no Brasil, iniciar-se-á pelo estudo do proibicionismo, como foco principal na lei 6.368/76 e na atual lei de drogas brasileira de número 11.343/06.

Diante das mudanças ocorridas com a lei 11.343/06, surgiram divergências doutrinárias quanto à retirada da pena privativa de liberdade ao infrator caracterizado como

usuário de drogas. Com essa mudança significativa, serão apresentados os principais conceitos sobre o tema, entre eles se ocorreu uma despenalização ou descriminalização.

No segundo capítulo, tendo como objetivo uma análise do minimalismo penal, em específico o princípio da insignificância e os requisitos básicos para sua caracterização, serão conceituados e apresentados um breve histórico sobre o referido princípio, com fundamento em doutrina e jurisprudência e sua aplicação na esfera criminal.

Baseando-se nos requisitos utilizados para considerar uma conduta insignificante, surge mais um dilema, quanto sua possibilidade de aplicação ao delito tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, diante disso, serão demonstrados os dois entendimentos quanto a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, inclusive o entendimento jurisprudencial sobre a questão.

No terceiro capítulo e último objetivo específico, realizar-se-á um estudo detalhado sobre uma decisão importante, a primeira em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, o HC n. 110.475/SC, incluindo uma breve análise processual do caso desde o processo originário n. 008.06.006996-9 de Blumenau/SC.

Diante dessa decisão inovadora, e completando o derradeiro capítulo, buscar-se-á responder o problema de pesquisa, que se baseia nas possíveis circunstâncias de passar a aplicar o Princípio da Insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 como forma de excluir a tipicidade material, além de sua já despenalização.

2 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TÓXICOS

No Brasil, assim como em todo o mundo, houve diversas mudanças quanto ao tratamento legal atribuído às substâncias entorpecentes. Não bastasse a dificuldade em regulamentar a proibição da fabricação e circulação de drogas, mais difícil ainda foi diferenciar o traficante do usuário, e concluir a forma de atuação do sistema de justiça criminal.

Não foi de um dia para outro que chegou ao atual modelo com uma postura prevencionista em relação ao porte para uso das drogas, foram anos de transformações, criação, substituição e mudança de leis. Para compreender melhor todo o fracasso da atual política antidrogas, a seguir, buscar-se-á, brevemente, demonstrar as principais mudanças na legislação criminal em relação ao comércio e uso de drogas.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROIBICIONISMO DE DROGAS

Para chegar a atual legislação referente ao consumo, produção e fornecimento de drogas, diversas convenções, comissões, decretos e leis foram criados, reinventados e aperfeiçoados.

O proibicionismo conforme se concebeu nos fins do século XIX é resultado de vários fatores sócio-culturais contribuintes para a intervenção estatal sob a alteração da consciência por meio do uso de substâncias psicoativas. O aspecto econômico, sem dúvida, teve grande contribuição na constituição da política proibicionista, primeiro porque interessava a indústria farmacêutica o monopólio da manipulação, refinamento e comércio do ópio e da cocaína, por outro, a ascensão da classe médica que assumia a “ordem do discurso” procurando rechaçar tudo o que pudesse ser caracterizado como xamanismo ou curandeirismo. Pode-se citar ainda a participação de setores mais conservadores da sociedade cristã que referendaram as políticas proibicionistas valendo-se da ideologia de pureza moral; cabe lembrar que tais setores tinham força política juntos aos legisladores (CARVALHO, 2011, p. 4-5).

Utiliza-se como marco histórico as Ordenações Filipinas, que entrou em vigor em 1603, sendo a primeira legislação criminal que trazia em seu dispositivo a preocupação em encontrar uma forma de punir a posse, o uso e o comércio de substâncias tóxicas, perdurando até 1830, quando foi promulgado o Código Penal do Império, sendo que pouco falava sobre a proibição em nível nacional (SILVA, 2011).

Apenas em 1890, com o novo Código Penal, já sob o modelo republicano, é que foi incluído o título “Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública” prevendo como crime a venda de substâncias venenosas, com pena de multa, mas nada pronunciava a respeito dos

usuários (SILVA, 2011).

Neste ponto histórico é importante ressaltar o que vinha acontecendo internacionalmente, sendo que diversas conferências e convenções influenciaram intimamente a formação de normas sobre drogas no Brasil.

No início do século XX ocorrem dois acontecimentos importantes, são eles a Conferência em Xangai em 1909 e a Convenção de Haia em 1912, sendo patrocinados, principalmente, pelos Estados Unidos, vindo os outros países participantes a se comprometerem a coibir o uso de drogas.

Com ambas as Convenções, os norte-americanos conseguiram a aprovação de um documento obrigando os países signatários a coibir em seus territórios todo uso de opiáceos e da cocaína e além de legislar em seu território sobre o mesmo. O próximo passo foi a aprovação da Lei Seca nos anos 20, através da 18ª Emenda à Constituição Federal Norte-Americana, proibindo a produção, transporte, importação e exportação de bebidas alcoólicas em todos os estados da federação, até 1933 (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 28).

Cabe lembrar que, até aqui, não havia nenhuma política efetiva de combate as drogas no Brasil.

Até 1920, não havia qualquer controle estatal sobre a venda ou uso de produtos psicotrópicos. O que havia era tão somente a condenação pública sobre o uso de drogas por jornais conservadores e grupos moralistas. Somente em 1921 surge a primeira lei restringindo a utilização de ópio, morfina, heroína e cocaína no Brasil. Era punida a utilização de todas estas substâncias sem autorização médica. O Brasil se viu obrigado a criar uma lei que combatesse o uso de drogas, pois havia se comprometido na Convenção de Haia, em 1911, a fortalecer o controle sobre opiáceos e cocaína. Esta Convenção foi patrocinada pelos Estados Unidos que fez prevalecer suas convicções referentes ao controle total sobre o uso de drogas (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 37).

Nesse mesmo ano, no Brasil, surge o Decreto nº 4.294 em 1921, abordando em seus dispositivos matérias de ordem criminal, como a imposição de pena de um a quatro anos para as infrações de venda e uso de entorpecentes, e também medidas relativas ao controle do comércio e normas de registro. Apenas em 1940, a matéria passou a ser abordada sob a óptica de crime contra a saúde pública (AVELINO, 2010).

Karam explica que a

“saúde pública – espécie do gênero incolumidade pública – tem, como é sabido, um caráter coletivo, que é dado pela indeterminação de seus titulares. Sua afetação, como ocorre em relação a outros bens jurídicos desta natureza, só se verifica na medida da expansibilidade da lesão ou do perigo concreto de lesão a um número indeterminado de sujeitos (2003, não paginado).

O Decreto nº 4.294 objetivava, dentre outras coisas, penalizar quem vender ou expor a venda “substâncias venenosas”, podendo ser penalizado com multas, mas, se tais substâncias possuísem algum tipo de “qualidade entorpecente” a pena alterava para prisão de um a quatro anos. Ressalta-se também, neste decreto, o seu artigo 5º que, influenciado pela lei seca estadunidense de janeiro de 1920, institui a primeira regulamentação do uso de bebida alcoólica no comércio, multando donos de estabelecimentos que fornecessem ao público, fora das horas fixadas pelo Município, alguma bebida a menor de 21 anos (CARVALHO, 2011, p. 8-9).

Nota-se que, neste momento histórico, utilizava-se a expressão “substâncias venenosas”, pois ainda não havia qualquer estudo mais aprofundado em relação às drogas. Ainda, o Brasil seguia os passos da legislação norte-americana, focando em um modelo de visava coagir qualquer um que tivesse relação com algum tipo de droga. Realmente, tudo ainda era muito amplo e complexo.

Nos anos cinquenta, a droga ainda não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. Era muito mais um universo misterioso, vinculado, sobretudo aos opiáceos – morfina ou heroína –, próprio de grupos marginais da sociedade, entretanto, especialistas internacionais começavam a emitir as primeiras tentativas de difundir modelos ético-jurídicos e médico-sanitário para enfrentar as drogas (OLMO, 1990, p. 29-31).

Década de 60, movimentos de contracultura, "hippies", momento do estouro da droga, aumentando o consumo, principalmente, da maconha entre todos os jovens, independente de classe social, passando a se mostrar também como um problema moral.

Rosal Del Olmo, doutrina que:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com a qual a droga adquire perfis de “demônio” [...]. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidade; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo [...]. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo de dependente [...]. Desse modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observa um duplo discurso sobre a droga [...] o que serviria para estabelecer a ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante (1990, p. 34).

Acrescenta CARVALHO sobre essa associação da droga aos movimentos de “subversão” no Brasil:

Neste sentido, pode-se verificar um novo *ethos* com a criação da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964, que reorganizava o Departamento Federal de Segurança Pública, estabelecendo uma nova composição na estrutura da Polícia Federal, criando o SRTE – *Serviço de Repressão a Tóxicos e Entorpecentes*. [...] A nova estrutura repressiva não era, entretanto, um projeto isolado da política criminal do Estado brasileiro. O Brasil, desde 1921, vinha seguindo o projeto internacional de criminalização das drogas encampado pelos EUA. A partir de 1964, a *repressão* torna-se terminologia usual, a guerra fria justificava o aumento do aparato repressivo. A Doutrina de Segurança Nacional, associada ao desenvolvimento tecnológico, possibilitou o desencadeamento de uma política de repressão integrada e a otimização de um projeto transnacional de “guerra às drogas” (CARVALHO, 2011, p. 15).

Entre convenções e decretos, veio a Lei 5.276 de 29 de outubro de 1971, que aumentou a pena para um a seis anos de reclusão e passou a considerar o usuário inimputável visto que, em razão do vício, não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato, estaria assim sujeito a uma medida de recuperação, consistente em internação em estabelecimento hospitalar (SILVA, 2011).

O mesmo entendimento quanto a pena, privação de liberdade, se estendeu a Lei nº 6.368 de 1976, separando em artigos distintos as condutas de tráfico ilícito de entorpecentes e de posse para uso próprio (AVELINO, 2010).

Por mais de vinte e cinco anos a referida lei permaneceu em vigor sem qualquer modificação, carecendo de urgente atualização, visto que a própria sociedade havia passado por diversas mudanças.

Nesse diapasão, visando à atualização e ao aprimoramento da Lei nº 6.368/76, tramitou no Congresso Nacional, durante 11 anos, o que hoje se conhece como a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Criada para regular toda a matéria relativa aos entorpecentes ilícitos, a nova lei, que entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2002, haveria de ser inovadora e completa, dispondo sobre prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica. Entretanto, a citada lei, que originalmente continha cinquenta e nove artigos, sofreu inúmeros vetos por parte da Presidência da República, restando menos da metade de seu texto, o que, nas palavras de Sídio Rosa de Mesquita Júnior, “desnaturou sua ideologia inicial e fez com que perdurassem apenas textos esparsos, repletos de contradições” (GARCIA, 2004, não paginado).

Com tantos vetos presidenciais, a aludida lei acabou por gerar diversas discussões no meio jurídico, para tornar mais claro, as palavras de SILVA, 2011, expressam nitidamente que “a Lei nº 10.409 de 2002, veio para gerar uma grande confusão legislativa”.

As discussões a cerca do tema só foram sanadas com a promulgação da Lei

11.343/2006, que está até hoje em vigor.

“Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal” (GUIMARÃES, 2002).

Agora, não seria apenas através da possibilidade do juiz enquadrar na Lei do Juizado Especial, definitivamente acabou a possibilidade de o réu usuário ser preso.

Sendo esta última lei um dos focos dessa monografia, será detalhadamente explicada posteriormente, assim como a Lei 6.368/76 que teve grande relevância para que se chegasse ao atual modelo da lei que trata da prevenção ao uso de drogas e repressão a produção, merecendo também ser destacada.

2.2 LEI 6.368/76

Surge a primeira lei que trazia em seus artigos e penas certa distinção entre o traficante e o usuário de drogas. E é por isso que, para a presente monografia, detalhar um pouco mais dessa lei se torna importante.

A Lei nº. 6.368/76, sancionada pelo então presidente Ernesto Geisel, a fim de se fazer cumprir as convenções de Viena, em 1971, e de Genebra, em 1972 (Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961), previa a criação, por decreto, em seu artigo 3º, de um *Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão* (CARVALHO, 2011, p.15).

Com dito, essa lei passou a diferenciar traficante de usuário, versando sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. Além disso, imputava ao Estado e seus órgãos públicos de saúde a responsabilidade pelo tratamento e da recuperação dos dependentes de substâncias entorpecentes (CARVALHO, 2001, não paginado).

Os crimes e as penalidades advindas do tráfico e porte indevido de entorpecentes estão dispostos nos artigos 12 a 18 da Lei 6368/76. Aqui estamos diante da figura do infrator e da vítima. [...] é crime portar, adquirir ou guardar, para uso próprio, a substância entorpecente. Mas esse crime se agrava se a substância tiver o destino alheio. Neste caso, o porte de entorpecente vira tráfico e a pena que era de 6 meses de detenção e podia ser até suspensa vira, no mínimo, 3 anos de reclusão e em presídio de segurança máxima. O grande problema é que o art. 12 da Lei 6.368/76, o qual dispõe sobre o tráfico de drogas, traz uma série de condutas que caracterizam o que, em tese, facilita a tipificação de uma conduta ilícita relativa à droga como tráfico, dando-lhe ampla margem de interpretação. Esse tipo de regra é altamente condenável no direito penal moderno que tem como princípio deixar muito claro o que é ou não uma conduta ilícita, retirando do intérprete qualquer poder

discrecionário na tipificação do crime. Trata-se, aqui, de garantir ao indivíduo a segurança de evitar-lhe uma falsa acusação e uma pena injusta. (CARVALHO, 2001, não paginado)

Ainda quanto a descrição da conduta do art. 12, § 1º, II, da Lei 6.368/76 há ampla possibilidade de interpretação, surgindo três correntes de entendimento do assunto quando da vigência da Lei 6.368/76. A primeira corrente considera que aquele que "semeia, cultiva ou colher plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica" para uso próprio incorre nas mesmas penas do art. 12, *caput*, pois a lei não faz qualquer distinção. A segunda corrente entende que pode se tratar de conduta menos grave, o agente deve ser enquadrado no art. 16 que cuida do porte ilegal de entorpecentes, cuja pena é de 06 meses a 02 anos de reclusão. Por fim, a terceira corrente entende ser o fato atípico diante da ausência legislativa sobre tal conduta, não podendo ser aplicado o art. 16, analogicamente, pois tal enquadramento configuraria analogia *in mallan partem* (MAIA, 2006, não paginado).

Embora trouxesse a diferenciação entre traficante e usuário, a referida lei ainda utilizava o mesmo caráter de sanção a ambos, qual seja, pena de privação de liberdade, mas distinguindo de acordo com a lesividade.

O artigo 16 da lei revogada, que tratava do usuário, previa uma pena de até dois anos de detenção para quem fizesse uso de substância entorpecente: Esta postura punitiva contra o usuário de drogas, que sempre fez parte da cultura brasileira, começou a mudar com a lei dos juizados especiais estaduais, que instituiu novas formas de punição para aquelas pessoas que cometessem crimes com penas de até dois anos de detenção, com isto alcançando os usuários de drogas. Com a lei dos juizados especiais, dificilmente o usuário de drogas seria preso, pois, apesar da lei antidrogas da época prever a pena de privação de liberdade, o juiz poderia substituí-la por penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e outras, o que sempre ocorria (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 37-38).

Em uma análise de Maia (2006, não paginado), a Lei 6.368/76 equiparava condutas menos gravosas ao crime de tráfico de drogas, mas a Lei dos Juizados Especiais acaba com essa desproporção, ajustando as penas de acordo com o efeito danoso da atividade criminosa. Passa-se a considerar o Princípio da Proporcionalidade como causa de definição da sanção.

Após esta Lei, apenas a Lei 11.343/06 foi capaz de aprimorar o sistema penal em relação às drogas. E é por isso que também merece atenção especial, sendo detalhada a seguir.

2.3 LEI 11.343/06

Como já citado na história da legislação de drogas, a Lei n. 11.343/11 veio com o intuito de sanar a grave falha estabelecida pelos legisladores ao promover duas leis repletas de incoerências e lacunas.

Para lembrar, a Lei n. 10.409/02 foi elaborada para substituir a Lei n. 6.368/76, contudo, referido projeto estava inquinado de tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas, que resultou no veto de sua parte penal, somente sendo aprovada sua parte processual (CAPEZ, 2009).

Desse modo, a legislação anterior antitóxicos se transformara em uma verdadeira colcha de retalhos, haja vista a parte penal continuar sendo disciplinada pela Lei n. 6.368/76, enquanto a parte processual se regia pela Lei n. 10.409/02. Surge então a Lei n. 11.343, revogando expressamente as Leis n. 6.368/76 e 10.409/02, passando a vigorar como diploma legislativo de caráter nacional e sanando os equívocos ocorridos quanto as duas leis pretéritas (FERRARI e COLLI, 2012, p. 8).

A Lei nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, estando expressamente presente em seu art. 1º que o objetivo era conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante, fundamentando na premissa de que a pena privativa de liberdade não contribui para o problema social do uso indevido de drogas, passando a considerar a questão como um problema de saúde pública (DE LIMA, 2014).

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão drogas, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (DE LIMA, 2014).

Com isso, o legislador adequou o texto normativo à tendência mundial, entendendo a palavra "drogas" como substância contida na portaria do Ministério da Saúde, que traz um rol de substâncias nocivas ao ser humano e, por isso, proibidas (MAIA, 2006, não paginado).

A nova Lei trouxe diversas novidades, como o aumento de pena para traficantes e financiadores do tráfico, o tratamento diferenciado para usuários e o procedimento especial para o processamento de tais agentes (MAIA, 2006, não paginado).

Passou a adotar uma postura prevencionista em relação ao uso das drogas, antes, tanto usuários como traficantes eram tratados da mesma forma, ou seja, tinha-se uma postura proibicionista (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008p. 39).

Essa diferenciação representou um significativo avanço ao visualizar o usuário/dependente de drogas como um sujeito que necessita de amparo e não mais como um delinquente merecedor de pena privativa de liberdade, inclusive por passar a cominar outras medidas punitivas para o sujeito usuário (FERRARI e COLLI, 2012, p. 12).

Entretanto, como a maioria das leis brasileiras, houve avanço no sentido de diferenciar totalmente usuário de traficante, mas, em compensação, abrangeram o leque de condutas que possam enquadrar um indivíduo como usuário ao criar novas figuras típicas.

Lembrando o que determinava a Lei n. 6.368/76 para considerar incrimináveis as condutas do usuário:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e o pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (BRASIL, 2015a).

Com o advento da Lei n. 11.343, houve um aumento considerável no rol das condutas punidas e nas formas de punição, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (BRASIL, 2015b).

Nery Filho (2009 p. 249) demonstra que o legislador buscou ainda deixar bem claro no parágrafo segundo do art. 28 da Lei 11.343/06, uma série de requisitos para determinar se a posse de drogas pode ser enquadrada como para consumo pessoal, devendo a autoridade policial e a judicial averiguar as circunstâncias descritas no referido parágrafo, *in verbis*:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2015b)

Ponto a ponto, Junqueira e Fuller explicam o parágrafo acima citado da seguinte maneira:

- a) Natureza e quantidade da droga: apenas analisando a quantidade e a natureza da droga é que será possível valorar o torpor buscado pelo usuário.
- b) Local: também como mero indício, seria se foi apreendida próxima ao local de venda, mas é preciso ter cautela, visto que também é o local em que se compra, podendo demonstrar o consumo pessoal.
- c) Condições em que se desenvolveu a ação: sendo o principal critério orientador, podendo verificar a intenção do acusado através de testemunhas, balança ou instrumento para preparo e entrada e saída de várias pessoas.
- d) Circunstâncias sociais e pessoais: seria a situação econômica do agente, pois grande quantidade de droga em poder de uma pessoa com pouca capacidade econômica seria indício de traficância, o que não deixa de ter caráter discriminatório.
- e) Conduta: quando o acusado atende várias pessoas, entrega objetos ou recebe quantias injustificadamente.
- f) Antecedentes: desrespeita o princípio de inocência, levar os antecedentes do sujeito em seu desfavor não comprova que o acusado está traficando, lembrando que muitos condenados por tráfico são usuários. (2010, p. 263-265)

A atual legislação sobre drogas, de um lado abrandou a punição aos usuários, e por outro recrudesceu em relação ao traficante (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 38).

Outra mudança significativa que a nova lei trouxe foi em relação ao tráfico de drogas ilícitas que, em seu artigo 33, alterou a pena mínima de três anos para cinco anos de reclusão, e manteve a pena máxima em quinze anos. Além da pena de multa, que era de trinta a trezentos e sessenta dias-multa, foi majorada para quinhentos a um mil e quinhentos dias-multa. E, por último, foi criada a figura do financiador do tráfico, penalizando a pessoa que financiar ou custear as atividades ligadas ao tráfico de drogas ilícitas, com reclusão de oito a vinte anos, e ainda com uma pena de multa (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 43).

Apesar de todas essas mudanças, cabe ressaltar que o atual sistema de repressão às drogas ainda não alcançou um modelo ideal, se fosse, não se teria tantas discussões sobre o tema. Passa-se a análise das teorias que norteiam o presente tema, em especial ao fato da

retirada da pena privativa de liberdade do rol de sanções aplicáveis ao portador de pequena quantidade de drogas.

2.4 DAS MEDIDAS DESINSTITUCIONALIZADORAS E SUA APLICAÇÃO NO ART. 28 DA ATUAL LEI DE TÓXICOS

Primeiramente, de suma importância se faz identificar a diferença entre as medidas que acabam por desinstitucionalizar uma norma quando aplicados um dos conceitos a seguir.

Ferrari e Colli (2012, p. 9) resumem claramente os conceitos ao citar o entendimento de outros autores, observa-se:

Descriminalizar significa que a conduta, apesar de ilícita, deixa de ser tipificada como crime (GOMES et al., 2006).

Despenalizar, por sua vez, não significa retirar o caráter ilícito de uma conduta, mas apenas abrandar o tratamento penal dispensado para tanto, suavizando o uso da pena de prisão. Contudo, apesar do abrandamento no tratamento dispensado ao sujeito ativo, o fato não perde o caráter de infração penal (GOMES et al., 2006).

A **descarcerização**, de acordo com Sampaio (2006), indica a permanência da figura típica e a incidência do preceito secundário. Entretanto, face à mínima necessidade da intervenção por parte do Estado, objetiva afastar a incidência da pena privativa de liberdade.

A Lei 11.343/06, em vigor até os dias atuais, extinguiu a pena privativa de liberdade em relação ao usuário e, desde então, tem gerado inúmeras discussões em meio aos estudiosos de Direito. Surgiu diversas teorias, desde aqueles que defendem que houve uma descriminalização, outros despenalização, e há ainda os que defendem que ocorreu a legalização do uso das drogas (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008p. 39).

Além de modificar as formas de penalizar o usuário, o art. 28 da nova lei determina que em caso de descumprimento do acordo, não haverá denúncia, mas o juiz poderá impor nova admoestação verbal ou pagamento de multa, diferente do que disciplinava o art. 16 da Lei 6.368/76 que, no caso de descumprimento da transação pelo usuário, o promotor podia oferecer denúncia pelo porte (MAIA, 2006, não paginado).

Segundo Ferrari e Colli:

O que houve foi apenas uma suavização na resposta penal ao sujeito que incorrer nas condutas descritas no artigo 28, posto que, de acordo com a nova Lei, não há qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para o sujeito que adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito droga para consumo pessoal ou para aquele que pratica conduta equiparada, passando a adotar

medidas alternativas. Por conseguinte, não houve a descriminalização, mas tão somente a despenalização da conduta (2012, p. 11).

O mesmo entendimento tem Boiteux (2009, não paginado), ao afirmar que ao art. 28 da Lei de Drogas n. 11.343/06, aplica-se uma despenalização da posse de drogas para uso próprio, pois apesar de manter a repressão ao tráfico, propõe sanções alternativas ao usuário, ainda, mantém a conduta como crime previsto na lei, mas exclui a imposição de pena de prisão.

E completa:

Enquanto a *descriminalização* significa a retirada de determinada conduta do rol dos crimes, por lei ou interpretação jurisprudencial, a *despenalização* exclui tão somente a aplicação da pena privativa de liberdade, mantendo a proibição e a conduta como crime. Portanto, haverá despenalização quando a conduta, embora típica, deixar de ser apenada com pena de prisão, ou quando esta for substituída por medidas restritivas de direito (2009, não paginado).

Os juristas que consideram que houve a despenalização fundamentam sua tese principalmente nos artigos 32 e 43 do Código Penal. Isso porque o diploma do artigo 32 traz as espécies de penas possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, enquanto o artigo 43 elenca suas espécies, estando entre elas aquelas previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, como a pena restritiva de direitos que consiste em prestação de serviço à comunidade, o que demonstra a existência de punição para aquele que incorrer nas condutas incriminadas (FERRARI e COLLI, 2012, p. 11).

Entretanto, em nem todas as circunstâncias esse modelo despenalizador é benéfico ao usuário, explica Boiteux quanto algumas consequências da despenalização do porte de drogas para consumo pessoal que uma desvantagem está no fato de que o usuário continua sendo estigmatizado pelo sistema penal, diante dos registros de sua passagem pela Justiça, e não tem garantia prévia de saber, por exemplo, a quantidade que poderá portar para ser diferenciado de um traficante, o que dependerá da interpretação da lei, a cargo do juiz. Diante de todos esses fatores, a ideia de evoluir para uma descriminalização por ser bem mais ampla e visa tanto a reduzir os efeitos perversos da repressão penal, como também os efeitos secundários do tráfico e da criminalidade (2009, não paginado).

Embora grande parte dos doutrinadores considere que houve a despenalização, ainda há pensamentos divergentes, como demonstra os autores Ferrari e Colli:

Para Luiz Flávio Gomes, a nova redação descriminaliza o porte de droga para uso próprio, uma vez que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito. Para o jurista, apesar da conduta não mais ser considerada crime, continua caracterizando um ilícito, pois a nova Lei continua considerando proibidas as substâncias contidas na Portaria 344, do Ministério da Saúde.

Já para Ricardo Andreucci, o Projeto não descriminalizou o porte de entorpecente para consumo próprio. Ao contrário, sob o pretexto de tratar mais brandamente o usuário, fixou-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, onde, ante a permissividade da Lei nº 9.099/95, poderia ele transacionar com o MP, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos. Tal conduta é de competência dos Juizados Especiais Criminais, devendo o promotor de justiça, quando do oferecimento da proposta de transação, já mencionar qual a pena ou penas que deverão ser aplicadas ao usuário (2012, p. 11).

Aqueles que entendem que houve a descriminalização fundamentam na interpretação do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP) criado sob a égide da Constituição de 1937, que considera crime apenas a infração penal que comine em pena de reclusão ou detenção. Entretanto, visto que a Constituição atual é 1988, não se deve fazer uma interpretação retrógrada das leis (BRITO, 2008, não paginado).

Ao retirar a pena privativa de liberdade, o legislador buscou atingir o objetivo da reinserção social mantendo as condutas criminalizadas alterando somente a sanção prevista, ocorrendo a descarceiração dos crimes atinentes ao uso de drogas. Diante disso, torna-se evidente que ocorreu uma *novatio legis in melius* para o usuário, já que a lei nova é mais benéfica que a anterior (BRITO, 2008, não paginado).

A descriminalização pode ser vista ainda como uma defesa do direito à privacidade e da liberdade de as pessoas disporem de seu próprio corpo, em especial na ausência de lesividade do uso privado de uma droga (BOITEUX, 2009, não paginado).

De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. Uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos (GUIMARÃES, 2002, não paginado).

Ao falar em descriminalização, é importante ressaltar as divergências sobre quais tipos de drogas devem ser descriminalizadas. As opiniões convergem pela legalização da *cannabis*, considerada como uma droga “leve”, justificada pela generalização de seu uso e aceitação social; reduzido risco de dependência; indicações terapêuticas, menor danosidade se

comparada às drogas lícitas, como tabaco e álcool; e necessidade de separação do usuário de *cannabis* do mercado ilícito (BOITEUX, 2009, não paginado).

A descriminalização da maconha é uma hipótese a ser estudada como uma medida intermediária ampla, que pode ter um impacto positivo na redução da repressão penal, em busca de uma intervenção de saúde pública, já que esta é hoje a droga ilícita mais consumida no Brasil. Mesmo sem questionar o sistema em si, seria uma medida setorial de relevante impacto na redução dos efeitos perversos do modelo atual. Uma eventual descriminalização da maconha e a regulamentação de sua venda facilitaria, inclusive, a adoção de programas de redução de danos.

No entanto, considera-se como mais adequado o modelo que descriminaliza todas as drogas, por uma questão de coerência e pelas possibilidades de mudança de paradigma. (BOITEUX, 2009, não paginado).

Em apoio a descriminalização, deve-se considerar a visão abolicionista ou, no mínimo, minimalista que oferecem ferramentas a serem adaptadas nos dias atuais, tanto na prática do sistema, quanto para conter a violência e proteger os direitos humanos, relativamente a todas as ações e decisões do sistema, mas também para avançar (ANDRADE, 2005, p. 14).

Andrade (2005, p. 6) explica o minimalismo como:

[...] um movimento reformista em curso que, sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a ela (com base no binômios criminalidade grave/pena de prisão x criminalidade leve/penas alternativas), desenvolve-se desde a década 80 do século XX e, no Brasil, a partir da reforma penal e penitenciária de 1984, com a introdução das penas alternativas (Leis 7.209 e 7.210/84) e culmina na atual lei das penas alternativas (Lei 9.714/98), passando pela implantação dos juizados especiais criminais estaduais (Lei 9.099/95) para tratar “dos crimes de menor potencial ofensivo”.

Entretanto, cabe ressaltar a dificuldade de romper o tabu presente na sociedade que busca uma solução rápida pela repreensão e não por políticas de conscientização.

O modelo atual de política de repressão às drogas está firmemente arraigado em preconceitos, temores e visões ideológicas. O tema se transformou em um tabu que inibe o debate público por sua identificação com o crime, bloqueia a informação e confina os consumidores de drogas em círculos fechados, onde se tornam ainda mais vulneráveis à ação do crime organizado. Por isso, romper o tabu, reconhecer os fracassos das políticas vigentes e suas consequências, é uma pré-condição para a discussão de um novo paradigma de políticas mais seguras, eficientes e humanas. [...] Políticas seguras, eficiente e fundadas nos direitos humanos implicam reconhecer a diversidade de situações nacionais bem como priorizar a prevenção e o tratamento. Essas políticas não devem negar a importância das ações repressivas para enfrentar os desafios impostos pelo crime organizado – inclusive com a participação das forças armadas, em situações limite, de acordo com a decisão de cada país. (Declaração da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, não datado, p. 3)

Essa política que busca erradicar o consumo e tráfico de drogas tem se afastado cada vez mais do objetivo, visto que os índices de criminalidade e consumo de drogas aumenta dia-a-dia, tornando a política de repressão do Estado inoperante.

Segundo a Declaração da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia:

A violência e o crime organizado associados ao tráfico de drogas ilícitas constituem um dos problemas mais graves da América Latina. Frente a uma situação que se deteriora a cada dia, com altíssimos custos humanos e sociais, é imperativo retificar a estratégia de “guerra contra as drogas” aplicada nos últimos trinta anos na região. As políticas proibicionistas baseadas na repressão à produção e ao tráfico bem como na criminalização do consumo, não produziram resultados esperados. Estamos mais distantes que nunca do objetivo proclamado de erradicação das drogas (não datado, p.1).

O mesmo entendimento tem a consagrada autora Maria Lúcia Karam ao descrever em seu artigo “Drogas – É preciso legalizar” que, nesses quase quarenta anos de insana e nefasta “guerra às drogas”, resta claro o fracasso em seus declarados objetivos de erradicar as substâncias proibidas ou reduzir sua circulação. Como resultado, as drogas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes e muito mais facilmente acessíveis.

O atual sistema penal, além de funcionar seletivamente, visto que reproduz as desigualdades sociais, engendra mais problemas do que aqueles que se propõe a resolver, com o agravante dos seus altos custos sociais (ANDRADE, 2005, p. 8).

Além disso, em relatório recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2012, observou-se que a superpopulação carcerária tem se dado devido a alguns fatores como falta de infraestrutura adequada, implementação de políticas repressivas e uso excessivo da prisão preventiva (COIMBRA, 2013, não paginado).

Dever-se-ia analisar exemplos de casos de substâncias que antes eram vistas como nocivas e depois, mas com a devida liberação e regularização, passaram, inclusive, a fazer com que o Estado lucrasse com as mesmas. É o caso do álcool e do tabaco.

A produção e o comércio de álcool ou de tabaco se desenvolvem sem violência – disputas de mercado, cobranças de dívidas, tudo se faz sem violência. Por que é diferente na produção e no comércio de maconha, de cocaína, do crack?

[...]

Não são as drogas que causam violência. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas, como claramente se vê em relação ao álcool e ao tabaco. Essas atividades econômicas só se fazem acompanhar de armas e de violência quando se desenvolvem em um mercado ilegal. É a ilegalidade que cria e coloca no mercado empresas criminalizadas que se valem de armas não apenas para enfrentar a repressão. As armas se fazem necessárias também em razão da ausência de regulamentação e da consequente impossibilidade de acesso aos meios legais de resolução de conflitos (KARAM, não datado, não paginado).

A retirada do uso de drogas do rol dos crimes poderia resolver diversas questões, além de adequar a norma penal à Constituição, deixaria de estigmatizar o usuário, além de reduzir a corrupção e a criminalidade. Por fim, com a normalização desse comportamento, as autoridades terão mais tempo para se dedicar à investigação de crimes mais graves (BOITEUX, 2009, não paginado).

Perfeita é a conclusão em que chegaram os membros da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, ao demonstrar que a maneira para alcançar os objetivos de uma política antidrogas eficiente vai muito além das ações repressivas contra o crime organizado, é preciso priorizar a prevenção.

Como visto, a atual lei de drogas passou a dar um tratamento diferenciado ao usuário de drogas, retirando a pena privativa de liberdade e aplicando outros tipos de sanções, como prestação de serviço à comunidade ou comparecimento a palestras educativas. Referida lei já foi um avanço diante do atual sistema repressivo, mas ainda há questões que devem ser mais bem estudadas, como o caso da aplicação do princípio da insignificância ao delito de porte de drogas para consumo pessoal, aceito por alguns e condenado por outros.

Diante dessa divergência, que não é pacificada nem jurisprudencialmente, passa-se a uma análise do princípio da insignificância para, posteriormente, demonstrar as duas posições existentes quanto ao assunto.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PROCESSO PENAL

O princípio da insignificância, quando aplicado, torna a conduta atípica. Isso acontece quando, ao analisar o caso concreto, verifica-se que ele pode ser incluído nos requisitos que esse princípio exige, resultando então na retirada da tipicidade material do delito e consequente impedimento da aplicação de alguma sanção. Para entender quais os requisitos citados, inicia-se por uma breve análise histórica do princípio da insignificância.

Os artigos do ordenamento jurídico vigente devem ser interpretados com amparo nos princípios basilares da Constituição, isso devido ao fato que seria impossível presumir todos os acontecimentos que necessitam de uma interferência judicial, ou mesmo porque cada caso deve ser analisado individualmente, cabendo ao magistrado tomar uma decisão proporcional e razoável para cada questão.

Como forma de controle dos conflitos sociais, o Direito Penal é uma ciência valorativa e finalista, com um fim próprio: a proteção de bens jurídicos. Entretanto, não são todos os conflitos que necessitam da tutela penal, como aqueles que incluem bens jurídicos com irrelevância da conduta que os lesou ou ameaçou, mas somente quando houver transgressão aos valores mais importante para a comunidade (PRESTES, 2003, p. 19).

Ávila esclarece (2013, p. 238-239):

Neste espírito, discute-se acerca da conduta de pessoas que expõem-se voluntariamente a perigo, como, por exemplo, quando fazem uso de drogas, do fumo, do álcool, de maus hábitos alimentares, ou outras atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e a sua promoção por terceiros não constituem um objeto legítimo do Direito Penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua própria vontade.

Ocorre que com a divulgação constante e sensacionalista de crimes pelos meios de informação, a população passou a exigir maior recrudescimento das penas, acreditando que a criação de novos tipos penais e o afastamento de determinadas garantias processuais traria segurança, ficando a sociedade livre daqueles indivíduos não adaptados (GRECO, p. 12-13).

Em uma visão minimalista, a qual deveria ser aplicada em todo o Direito Penal, Rogério Greco ensina que (2011, p. 1):

[...] o Direito Penal, como o mais repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico, somente poderá ser erigido quando estritamente necessário, isto é, quando indispensável à proteção dos bens mais importante e vitais ao convívio da sociedade, cuja tutela pelos demais ramos do ordenamento jurídico mostrou-se insuficiente.

Assim, deve-se se preocupar apenas com os bens fundamentais da comunidade, ou seja, apenas situações e condições sociais e pessoais e que se fazem de extrema necessidade para manter a harmonia da coletividade (PRESTES, 2003, p. 20).

Com esse objetivo, surge o Princípio da Insignificância. Entretanto, quanto a sua origem, há divergência doutrinária.

Alguns autores entendem que esse princípio vigorava no Direito Romano, onde não se cuidava dos delitos de bagatela. Outros discordam, explicando que o Direito Romano foi desenvolvido com base no Direito Privado, não no Público, portanto não se interessava por esse princípio. A outra teoria entende que o princípio da insignificância surgiu na Europa, após a Primeira Guerra Mundial, devido ao aumento de crimes patrimoniais, principalmente subtração de coisas de objetos de pequeno valor, o que se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, surgindo então o crime de bagatela (AZEVEDO, 2015, não paginado).

Entretanto, Claus Roxin foi o responsável por introduzir, em 1964, esse princípio no sistema penal como forma auxiliadora na interpretação do injusto penal, sendo possível excluir a tipicidade daqueles delitos de pouca importância, limitando a intervenção do Direito Penal até onde estritamente necessário (TOLEDO, 2002, p. 133).

Ao aplicar esse princípio, muitos casos deixariam de exigir uma intervenção do sistema penal, liberando os magistrados para se preocuparem com casos mais graves e também e diminuindo a quantidade de processos a serem analisados.

O princípio da insignificância pode ser visto ainda como o meio que exonera condutas socialmente irrelevantes, fazendo com que o poder judiciário mantenha-se bem menos sobrecarregado, contribuindo para a uma análise mais detalhada de crimes mais complexos, diminuindo o grau de impunidade e enriquecendo o direito constitucional (GOMES apud. CORNEJO, 2010, p. 52-53).

Apesar de todas essas características positivas quanto à aplicação do princípio da insignificância, ainda há divergências doutrinárias quanto a sua utilização, devendo-se analisar se realmente é possível aplicar esse princípio no Direito Penal diante da sua não positivação ou amplitude de interpretação.

Alguns doutrinadores consideram que a aplicação do Princípio da Insignificância não deve ser aceito por seu conceito ser indeterminado, trazendo insegurança jurídica, entretanto, ante a possibilidade que quantificar a infração penal, deve-se graduar seu grau de ofensividade, assim se terá uma punição proporcional ao delito cometido (PRESTES, 2003, p. 41).

Outro pensamento motivador a não aceitação desse princípio é a ausência de previsão legal, o que não merece prosperar, visto que os princípios possuem caráter normativo, conforme entendimento de Rogério Greco:

[...] sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como normas com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência. (2011, p. 62)

Não suficiente Boschi também explica que os princípios equivalem muito mais do que meros critérios de interpretação das leis por também serem consideradas normas jurídicas (2010, p. 120).

Ainda, não é pelo fato de que um princípio não esteja positivado que não possuirá força normativa, pois os princípios dispensam essa formalidade por não se reduzirem ao texto da norma, e sim servirem de base para as mesmas. Como muitos, também o princípio da insignificância é um princípio geral, incidindo inclusive sobre normas penais (PRESTES, 2003, p. 36-37).

E Prestes completa:

A sua aceitação como princípio do Direito Penal, independentemente de sua expressa previsão legal, se impõe já que busca suas raízes em valores superiores do Estado Democrático de Direito. Seu caráter vinculante encontra inspiração na dignidade da pessoa humana e na humanização e proporcionalidade da sanção penal (2003, p. 38).

Compreende-se que o princípio da insignificância deve ser entendido como um princípio auxiliar de interpretação, tendo como finalidade afastar do tipo penal os danos de pouca ou nenhuma importância, ou seja, de acordo com a visão minimalista, o princípio poderá graduar o grau de proteção dos bens jurídicos tutelados, desconsiderando os que se mostrarem inferiores ao grau exigido pelo tipo penal (GRECO, 2011, p. 100).

Ante o exposto, é possível perceber que não basta aplicar a lei seca, é necessário relacioná-la aos princípios que norteiam a esfera penal, como o princípio da insignificância que pode muitas vezes excluir a tipicidade da infração cometida, eliminando mais um processo da infinidade de casos a serem analisados pelo judiciário. É sobre a relação do princípio da insignificância com outros também norteadores do processo penal que se demonstrará a seguir.

3.1 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O ordenamento jurídico, bem como cada artigo, inciso ou alínea, têm como principal apoio princípios que, muitas vezes, nem estão positivados na Constituição. Princípios estes basilares para a criação de normas, limitando o poder do legislador aquilo estritamente necessário e sem exageros.

Não diferente, ao criar tipos penais ou aplicar uma punição ao infrator, o legislador e o julgador precisam ir além da norma expressa observando os princípios que norteiam aquela norma, como é o caso do princípio da insignificância aos tipos penais.

Os fundamentos do princípio da insignificância são encontrados nos principais valores do Estado Democrático de Direito como nos princípios da igualdade, liberdade, dignidade humana, além da proporcionalidade (PRESTES, 2003, p. 46).

Alguns desses princípios podem ser encontrados no artigo 5º da Constituição, relacionando-se com os direitos fundamentais de qualquer cidadão. Como exemplo encontra-se o princípio da igualdade.

O Princípio da igualdade está expresso no art. 5º da Carta Magna, podendo ser descrito como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Na esfera penal, resume-se ao fato de que devem ser utilizados os mesmos critérios para aplicar a sanção, mas não quer dizer que deva aplicar a mesma sanção, pois cada caso deve ser analisado individualmente (PRESTES, 2003, p.47-48).

Ainda, Karla Daniele Moraes Ribeiro (2015) completa:

Não se deve conhecer do princípio da igualdade apenas em seu aspecto formal, mas, sobretudo sob a ótica material. A igualdade formal pode ser entendida como “o tratamento igualitário destinado a todos os indivíduos que se encontram em uma mesma situação fática e jurídica”. Já a igualdade material “vislumbra tratamento isonômico dos desiguais através da concretização de direitos sociais substanciais, objetivando, pois, tratamento equânime”, na medida em que as pessoas que estejam em situações fáticas e jurídicas desiguais não devem ser tratadas da mesma maneira. Portanto, da igualdade material pode-se extrair a possibilidade da ocorrência de tratamentos diferenciados, desde que o elemento discriminador esteja a serviço de um bem constitucionalmente protegido.

Diante das palavras de Ribeiro, verifica-se que a igualdade material relaciona-se ao que foi dito por Prestes, ou seja, a sanção está descrita juntamente com a positivação do delito, mas é preciso analisar cada caso para se aplicar uma pena adequada, levando em consideração aspectos que vão além da simples expressão da norma.

Outro princípio que também pode ser considerado como um direito fundamental é o princípio da liberdade sendo este um dos principais princípios que limitam o poder do Estado, como já relatado, fazendo com que apenas em casos extremamente importantes permitam a interferência estatal, ou no caso processual, do judiciário.

O Princípio da Liberdade, protegido de formas diferentes pela Constituição vigente, acaba por ser um princípio limitador do poder do Estado principalmente na esfera penal, onde leciona sua intervenção apenas nos casos em que coloque em risco ou lesione bens jurídicos significativos para a sociedade. Assim, ao impor uma coerção, deve-se justificar de forma fundamentada sua necessidade (RIBEIRO, 2015).

Deve-se relatar ainda o princípio da proporcionalidade, sendo que o mesmo tem como objetivo a aplicação de uma pena proporcional à gravidade do fato cometido, ou seja, estabelecer uma proporção entre a sanção e o fato típico, tendo como parâmetros a relevância social do interesse tutelado e a gravidade da ofensa (PRESTES, 2003, p. 56).

Esse mesmo princípio, implícito no art. 5º, caput, da Constituição da República, “proíbe penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor de ação ou do desvalor de resultado do fato punível” (SANTOS, 2012, p. 28).

Há ainda, dois princípios que não devem passar despercebidos, visto o objeto principal dessa monografia, qual seja, a aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal. Fala-se aqui do princípio da intervenção mínima e da lesividade.

Brevemente, esclarece-se o princípio da intervenção mínima é um dos princípios pelo qual é possível escolher os bens mais importantes a serem protegidos penalmente, além de tornar evidente o fundamento de utilizar o Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, somente quando os outros meios do ordenamento jurídico não forem suficientes (GRECO, 2013, p. 17).

Quanto ao segundo princípio a ser ressaltado diante do objeto da monografia, Santos (2012, p. 26) esclarece detalhadamente o princípio da lesividade, relacionando-o ao princípio da insignificância da seguinte forma:

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico. Assim, do ponto de vista qualitativo (natureza do bem jurídico lesionado), o princípio da lesividade impede criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das

liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença [...], garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal. Essas liberdades constitucionais individuais devem ser objeto de maior garantia positiva como critério de criminalização e, inversamente, de menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado. Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal [...].

Diante das palavras de Santos, o princípio da lesividade também tem como principal objetivo a descaracterização da tipicidade do delito ao observar a extensão da lesão causada, pois ao considerar o dano irrelevante, dispensa a aplicação de uma sanção, estando, portanto, estritamente relacionado ao princípio da insignificância e muitas vezes confundindo-se com o mesmo.

Por fim, com base nos princípios elencados acima que servem de fundamento para a análise da aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, é possível determinar a tipicidade da conduta. E, como explica Greco, ao interpretar o tipo penal tendo como fundamento o princípio da insignificância, é possível que sua natureza acabe por tornar atípico o fato (2011, p. 100).

Ocorre que para melhor compreensão do conceito de tipicidade da conduta, faz-se necessário uma conceituação e breve análise sobre a mesma, o que será demonstrado a seguir.

3.2 TIPICIDADE

Para determinar se uma conduta é típica, necessária se faz uma interpretação ampla da conduta, com base nos princípios que regem o ordenamento jurídico, como os citados anteriormente, a exemplo do princípio da intervenção mínima, da legalidade, da proporcionalidade, entre outros. Ainda, tipo, ou conduta prevista em lei, pode ser brevemente conceituado como aquilo que determina se a ação cometida pelo autor é considerada como delito ao violar algum bem jurídico tutelado.

Lembrando, como discorrido anteriormente, não basta estar positivada no ordenamento jurídico para considerar a conduta como típica, é preciso interpretá-la com base os princípios basilares da Constituição e, na presente monografia, principalmente no Direito Penal. Diante disso, será apresentado o conceito da tipicidade penal, como forma de determinar a necessidade de intervenção penal.

Greco ensina que a tipicidade penal consiste na conjugação da tipicidade formal com a tipicidade legal, assim, a primeira baseia-se no fato de que a conduta do agente deve

estar descrita na lei, enquanto a segunda engloba a tipicidade material, onde determina a importância do bem jurídico tutelado. E é nesse ponto, na tipicidade material, que se analisa e a aplicação do princípio da insignificância, que possui a natureza de tornar a conduta atípica (2011, p 101-102).

Para deixar bem claro, com a análise da tipicidade material, segundo Prestes, “[...] baseando no caráter fragmentário do Direito Penal, verifica-se que não é qualquer lesão que é passível de tutela penal, nem mesmo qualquer bem jurídico que é objeto de proteção penal” (2003, p. 61-62).

Para que seja necessária a intervenção estatal ou a continuidade de um processo penal, é preciso verificar a relevância da conduta praticada pelo agente. Cabe ao magistrado interpretar além do delito positivado, visto que o mesmo possa ter tido um resultado consideravelmente sem valor, ou seja, o bem jurídico tutelado não sofreu relevante agressão, ou seja, foi um resultado irrelevante.

É ao observar a índole material do delito, verificando a gravidade do resultado, que será possível concluir a necessidade ou não da penalização. Desse modo, diante da aplicação do princípio da insignificância ou definição do crime como de bagatela, acaba por resgatar a legitimidade de última opção de controle social do Direito Penal (PRESTES, 2003, p. 38).

Ao aplicar o princípio da insignificância, como critério de interpretação restritiva do tipo penal ou como causa de exclusão da tipicidade material, consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de ínfima lesividade, passando a ser um fato materialmente atípico, mesmo que formalmente típico (GOMES, 2010, p. 56).

Diante da fundamentação elencada, verifica-se que nem toda conduta necessita da aplicação de uma sanção, justamente porque, se irrelevante, torna-se atípica materialmente.

Ocorre que, para aplicar o princípio da insignificância e não banalizar o significado de “insignificante” foi preciso estabelecer critérios que devem ser considerados no estudo individual da conduta, e só quando for possível verificar a existência de todos os critérios na conduta analisada é que poderá classificá-la como insignificante.

Por isso, passa-se a exposição dos critérios considerados necessários para determinar a insignificância da conduta.

3.3 CRITÉRIOS DE RECONHECIMENTO E CLASSIFICAÇÃO DE CONDUTAS PENALMENTE INSIGNIFICANTES

Como visto, ao considerar uma conduta insignificante, é possível retirar a tipicidade do delito, fazendo com que não seja necessária a aplicação de uma sanção. Entretanto, para fazer esse juízo de valor, é necessário seguir requisitos determinados doutrina e jurisprudencialmente.

Relembrando, “sempre que se chega à conclusão de que a ofensa foi mínima ou insignificante, é dizer, que não alcançou a magnitude suficientemente inequívoca a qual permite identificar a existência de uma clara situação de risco para o bem jurídico tutelado” (PRESTES, 2003, p. 63).

Para determinar quais crimes poderiam receber a classificação de crime de bagatela foram estabelecidos requisitos cumulativos como forma de determinar a insignificância do delito. Nesse sentido, cita-se a pacificação do Supremo Tribunal Federal quanto às condições:

A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. (BRASIL, 2012).

A mínima ofensividade da conduta do agente pode ser examinada através do desvalor da conduta, ou seja, quando não afetar o bem jurídico ou afetá-lo de tal forma que não seja relevante a um interesse, relacionando-se com o princípio da lesividade (GUTERRES, 2010).

Quanto a ausência de periculosidade social da ação, busca-se que sua aplicação não gere um sentimento de impunidade por parte do Judiciário, se assim não for visto, considera-se que a própria sociedade acabou por descriminalizar a conduta, não a vendo mais como um perigo para a coletividade (GUTERRES, 2010).

Referente ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, consiste naquele comportamento que acaba por ter um baixo nível de censura social, chegando a não ser considerado inadequado e muitas vezes até aceito (PRESTES, 2003, p. 43).

E o último requisito, a relativa inexpressividade da lesão jurídica está ligada ao valor dado ao dano causado, o que acaba por gerar divergências quanto a graduação do que tem valor ou não, ainda não pacificado se deve levar em consideração o valor do bem jurídico

para a vítima ou através de um critério subjetivo, como a quantificação baseada em um salário mínimo (GUTERRES, 2010).

Todavia, não é qualquer delito que pode ser analisado sob a perspectiva da insignificância como, por exemplo, nos crimes de homicídio, onde retirar sua tipicidade material com base no princípio da insignificância é impossível. Mas, também se deve ressaltar que alguns crimes tem sua aplicação obrigatória, como nos casos de furto, dano ou até consumo de drogas (GRECO, 2011, p. 100).

Em atenção ao crime de porte de drogas, diga-se para consumo pessoal, não para tráfico, há divergências quanto a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância.

Ante o primeiro entendimento, não seria possível a aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes previstos na Lei de Tóxicos, isso porque o perigo de causar lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a saúde pública, é presumido por ocorrer uma conduta proibitiva.

Tal presunção vem de que o simples fato do usuário adquirir a droga ilícita coloca em risco a saúde pública e ainda alimenta o comércio ilegal de tráfico de drogas. Assim, independentemente da quantidade de droga que esteja em posse do acusado, já há o risco de causar prejuízo, não só para ele, mas para a sociedade. Portanto, não há como aplicar tal princípio.

A dificuldade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes como o do art. 28 da Lei de Drogas, ou seja, crime de perigo abstrato se dá em razão de que esses crimes visam a proteção de bens jurídicos difusos, como a saúde pública, pertencente a coletividade e podendo atingir a um numero indefinido de pessoas, tornando impossível se falar em inexpressividade da lesão. Entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal ainda não é pacífico quanto a matéria (MENDES, 2013, não paginado).

Nessa linha de pensamento, visto que o sujeito passivo no caso seria a sociedade, é a saúde pública que estaria sendo atingida com o porte de drogas, visto que o porte para consumo pessoal, em função da proteção da saúde do agente, autolesão, não é punida pelo ordenamento jurídico (NUCCI, 2014, p. 312).

Quanto ao segundo entendimento, parte da doutrina, mesmo considerando a saúde pública como objeto jurídico a ser tutelado ou a norma descrever que a quantidade é característica para diferenciar o objetivo de consumo pessoal para o tráfico, ainda assim deve-se verificar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, visto que este possui vários requisitos para sua caracterização.

Ainda, o § 2º do art. 28 da Lei de Drogas descreve vários fatores determinantes para considerar se a droga destinava-se ou não a consumo pessoal e, conforme já elucidado nessa monografia, e descrito por Junqueira e Fuller, o principal critério que poderá constatar se a droga é para consumo próprio seria as condições em que se desenvolveu a ação, como encontrar instrumentos para preparo e venda da droga ou verificar a entrada e saída de várias pessoas do local onde o acusado ser autuado (2010, p. 263-265).

Em outras palavras, para a consumação da infração, é respeitável constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão de sua quantidade ínfima e da sua finalidade, que seria para uso pessoal, não há que se falar em infração penalmente ou punitivamente relevante (GOMES, 2010, p.135).

Baratta, relata ainda a diferença entre as drogas lícitas e ilícitas, ressaltando que a ilicitude da droga não determina seu potencial ofensivo ou prejudicial à saúde, detalhadamente expõe:

Según una importante línea de investigación, por efectos secundários de la droga se entiende los efectos debidos a la criminalización. Por el contrario, efectos primarios son aquellos producidos por la naturaleza propia de las sustancias psicotrópicas independientemente de la penalización de su uso. Por ejemplo, efectos negativos, que pueden constituir el fundamento legítimo de una política preventiva, educativa y de información, son los perjuicios para la salud del consumidor y el riesgo de dependencia; pero estos efectos pueden producirse tanto con el uso de las drogas ilegales como con el de las legales. Por otra parte, no todos los efectos de todas las sustancias psicotrópicas son negativos, pues como se sabe dependen no sólo de la naturaleza farmacológica, sino de otra serie de factores como la entidad del consumo, las condiciones del consumidor, las condiciones y el contexto social en que se realiza el consumo, etc. En nuestra cultura, nadie podría negar el efecto "positivo" de un buen vaso de vino o de una taza de café. Según los resultados de las investigaciones sobre los efectos secundarios de las sustancias prohibidas éstos son bastantes más importantes que los efectos primarios, tanto en relación con los consumidores como con la sociedad (1993, p. 205-206)

Como Prestes explica (2003, p. 73) pelo fato de o princípio da insignificância considerar a irrelevância do resultado, só poderia ser aplicada aos delitos que descrevem a conduta e o resultado naturalístico, que exijam a consumação, assim seria possível verificar o desvalor do resultado e, conseqüentemente, que foi ínfima a lesão causada. Entretanto, o autor acredita que se deve utilizar como critério da nocividade social somado ao grau de ofensividade ao interesse protegido, a real necessidade de imposição de sanção.

Como relatado, a divergência quanto a possibilidade de caracterizar o delito de porte de drogas para consumo pessoal como insignificante vai além da doutrina, está presente também na jurisprudência brasileira, onde encontra-se decisões tanto favoráveis contrárias.

Diante disso, passa-se a uma análise jurisprudencial sobre a aceitação ou não da união desses dois pontos: princípio da insignificância e porte de drogas para consumo pessoal, tendo como foco o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

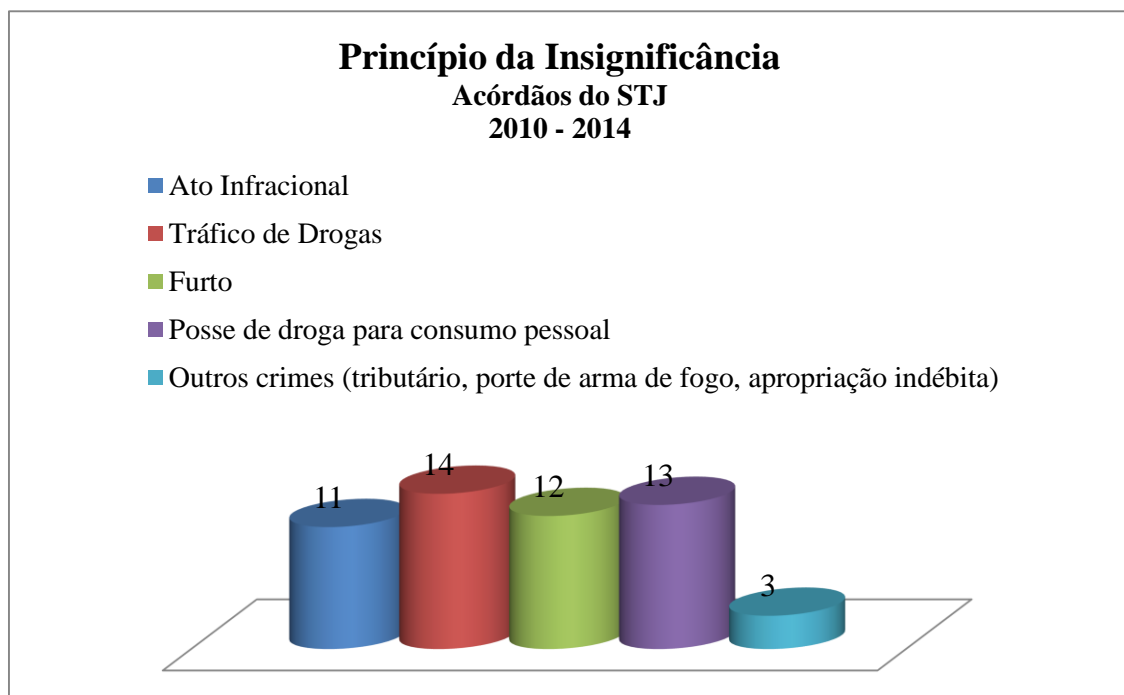
3.4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Por considerar que o objeto jurídico tutelado pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/06 é a saúde pública, ou seja, a coletividade, a primeira posição não permite a aplicação do princípio da insignificância a esse delito, visto que o simples fato de adquirir a droga, já estaria causando dano à sociedade, inclusive contribuindo com o tráfico de drogas.

Inicialmente, ressalta-se que a método de pesquisa utilizado para concluir qual o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, foi através de consulta ao próprio site do tribunal em questão pesquisando-se com as palavras “drogas” e “princípio da insignificância” em Jurisprudência. Ainda, utilizou-se como forma de restrição apenas os acórdãos publicados entre 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2014.

Como resultado, apareceram cinquenta e três acórdãos referentes a pedidos de aplicação do princípio da insignificância, sendo que entre eles encontraram-se diversos crimes, como se pode verificar através do gráfico:

Gráfico 1: consulta de acórdãos no site do Superior Tribunal de Justiça



Fonte: elaboração própria

Sendo que o principal interesse dessa monografia é quanto ao crime de posse de droga para consumo pessoal, observa-se que há 13 (treze) decisões referentes ao assunto. Para resumi-las, visto que todas foram contrárias à aplicação do princípio da insignificância ao delito tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, optou-se por demonstrar as duas decisões mais recentes (dentro do período de 01/01/2010 a 31/12/2014), visto que são suficientes para fundamentar os motivos o qual levaram o Superior Tribunal de Justiça a pacificar seu entendimento pela não aplicação.

A decisão mais atual dentro do período pesquisado foi o RHC 35072/DF, onde resultou na seguinte ementa:

PENAL. POSSE DE ENTORPECENTE. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento desta Corte e do STF, não incide o princípio da insignificância ao delito de posse de entorpecente para uso próprio, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. 2. Recurso ordinário não provido. (BRASIL, 2014).

Entretanto, diante da pouca fundamentação elencada na ementa acima, apresenta-se a segunda decisão mais recente que traz completa justificativa quanto ao entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (BRASIL, 2014a)

Neste ponto, pode-se considerar que o julgador levou em consideração aquelas mesmas críticas doutrinárias à aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de

drogas para consumo pessoal, como o fato de considerar sua aplicação apenas aos crimes materiais e já estar previsto na norma a questão da pequena quantidade.

Ainda, ressaltou uma possível consequência caso passe a se aplicar esse instituto ao crime do art. 28 da Lei 11.343/06, que seria a revogação da norma penal em questão, o que será analisado posteriormente.

O Relator Ministro Cruz basicamente resumiu toda a teoria da não aplicação do princípio da insignificância ao delito de porte de drogas, como a proteção à saúde pública, o fato de o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas ser de perigo presumido, e de já estar previsto na norma incriminadora a “pequena quantidade de droga”.

Quanto ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, já há divergência. Cabe ressaltar, entretanto, que continua como entendimento majoritário o da não aplicação, embora já haja decisões favoráveis.

As primeiras decisões do Supremo começaram a surgir em 2010, confirmando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo da citada por Carvalho e Carvalho demonstrada a seguir:

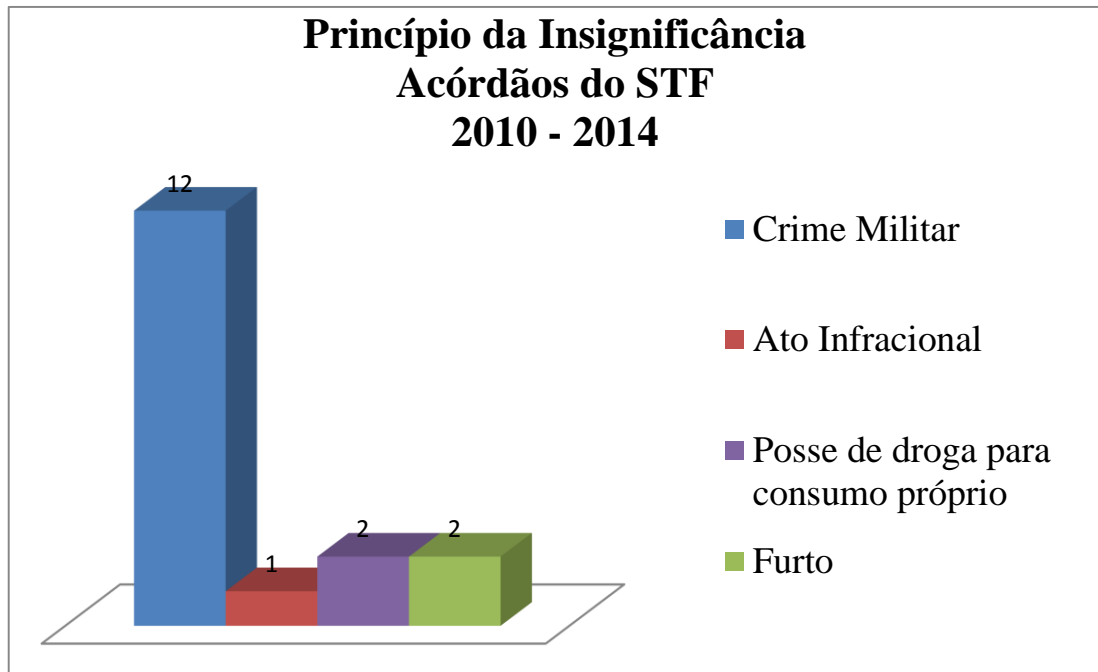
[...] no julgamento do HC 102.940/ES, apesar de ser constatada a prescrição em primeira instância e o HC acabou perdendo seu objeto, o Ministro Lewandowski proferiu os seguintes argumentos em seu voto: “O objeto jurídico da norma em questão é a saúde pública, não apenas a do usuário, uma vez que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de drogas. O crime de porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, de modo que, para a sua caracterização, não se faz necessária efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. A presunção de perigo decorre da própria conduta do usuário que, ao adquirir a droga para seu consumo, realimenta esse comércio, pondo em risco a saúde pública. Além disso, existe a real possibilidade do usuário de drogas vir a tornar-se mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício. Desse modo, estaria presente a periculosidade social da ação, o que inviabiliza o reconhecimento do princípio da insignificância”. (2014).

A fim de confirmar essa informação, realizou-se uma pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, pesquisando por jurisprudências com as mesmas palavras utilizadas no site do Superior Tribunal de Justiça, também entre a data de 01 de outubro de 2010 a 31 de dezembro de 2014.

Constatarem-se dezessete acórdãos relacionados ao tema, sendo que destes doze eram referentes à posse de drogas por militares, o que, em sua maioria não aplicava o princípio da insignificância por considerar uma conduta tipificada pelo art. 290 do Código Penal Militar e não pelo art. 28 da Lei 11.343/06.

No gráfico a seguir é possível verificar os crimes que resultaram nos acórdãos encontrados:

Gráfico 2: consulta de acórdãos no site do Supremo Tribunal Federal



Fonte: elaboração própria

Diante do resultado apresentado, onde apenas duas decisões referiam-se ao crime de posse de droga para consumo pessoal, a que possui mais fundamentos explicando o entendimento adotado e relacionados ao entendimento doutrinário foi a mesma citada por Carvalho e Carvalho acima, que reproduziu a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de

usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado. (BRASIL, 2011).

Na presente decisão, pode-se verificar os mesmos requisitos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a não aplicação do princípio da insignificância ao delito de posse de drogas para consumo pessoal, como o fato de ser um crime de perigo presumido.

Ocorre que apesar de majoritário, esse entendimento recebe muitas críticas, como a de Junqueira e Fuller que expõe: “se a quantidade não é suficiente a causar perigo à saúde pública, a punição se torna irracional e desproporcional, uma vez que apenas condutas capazes de gerar perigo ou dano para bens jurídicos alheios podem ser punidas em um Estado Democrático de Direito” (2010, p. 268-269).

Ávila traz outra ressalva:

[...] a saúde pública como objetividade jurídica a ser resguardada pelo art. 28, da Lei Antidrogas, é digna de críticas, pois o “público” não possui um corpo real, não sendo possível que o tal bem jurídico exista, no sentido estrito da palavra, não se admitida a fundamentação de uma proibição penal em um bem jurídico fictício. Portanto, no crime em apreço, o único bem a ser tutelado seria a saúde privada, não fosse a inconstitucionalidade já demonstrada. (2013, p. 236-237)

Embora não haja divergência jurisprudencial quanto ao Superior Tribunal de Justiça, Portocarrero (2012, p. 13) ressaltou que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito do art. 28 da lei de drogas, seria este o Habeas Corpus 110.475/SC.

Por surgir essa divergência jurisprudencial, faz-se necessário avaliar esse outro entendimento do Supremo, embora isolado.

3.5 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Como visto na fundamentação doutrinária, aqueles que consideram possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de droga para consumo pessoal, baseiam-se no fato de que, mesmo sendo considerado como objeto tutelado a saúde pública, que a quantidade de droga apreendida for ínfima e sua finalidade ser para uso pessoal, não há porque aplicar uma punição. Alguns ainda consideram que quando o indivíduo faz uso de

substância entorpecente, estaria causando uma lesão apenas a si, o que não é passível de punição.

Diante da divergência apresentada, no âmbito jurisprudencial brasileiro, observou-se, através da pesquisa realizada no título anterior, que em relação ao Superior Tribunal de Justiça já restou pacificado seu posicionamento contrário à aplicação do princípio da insignificância ao delito tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/06.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, por tempos adotou também o primeiro entendimento, entretanto hoje já há decisões contrárias que consideraram a aplicação do princípio da insignificância. Decisões estas que revelam uma mudança de perspectiva quanto a esse assunto tão polêmico e relevante.

Utilizando o mesmo método de pesquisa anterior, qual seja pesquisar no site do Supremo Tribunal Federal as palavras chaves “princípio da insignificância” e “drogas”, embora constatadas dezessete acórdãos, o que interessa para demonstrar a divergência não estava entre eles.

Diante disso, a fim de confirmar o relato de Portocarrero ao afirmar que o Supremo tomou uma decisão favorável quando ao assunto, utilizou-se outras palavras chaves, também do site do Supremo Tribunal Federal entre as datas de 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2014, mas desta vez pesquisou-se jurisprudência com as palavras “consumo próprio” e “insignificância”, resultando em quatro acórdãos.

Dentre esses acórdãos, um referia-se à um ato infracional e outro a crime militar, restando dois que importavam a presente monografia.

Um desses dizia respeito a posição contrária, já relatada anteriormente, e o outro é justamente aquele indicado por Portocarrero, qual seja, o Habeas Corpus 110.475/SC.

A referida decisão teve a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso

mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (BRASIL, 2012)

Carvalho e Carvalho também citaram essa decisão, considerando-a como a discussão mais recente que se deu em 13 de fevereiro de 2012, após o acusado condenado por levar consigo 0.6g de maconha, ter recorrido ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e também ao Superior Tribunal de Justiça e nenhum destes reconhecerem seu pedido de aplicação do princípio da insignificância, surge então a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal, através do HC 110.475/SC, reconhecendo o pedido do paciente, o que pode significar inclusive um reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 (2014, não paginado).

Faz-se aqui apenas um destaque a um processo que está para ter uma das decisões mais significativas quanto ao assunto da inconstitucionalidade do art. 28 da lei de drogas. Embora ainda em pauta para julgamento, trata-se do Recurso Extraordinário – RE 635659, impetrado em 2011 por um Defensor Público do Estado de São Paulo após um assistido da Defensoria Pública ser condenado a dois meses de prestação de serviço à comunidade por guardar três gramas de maconha para consumo próprio. O defensor impetrante utilizou como fundamentos os princípios da intimidade, privacidade e ofensividade, alegando que uma lei infraconstitucional não poderia violar a Carta Magna, mais especificamente o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, e seus princípios, requerendo assim a absolvição por atipicidade da conduta com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11343/2006 (BARROS, 2013, não paginado).

Cabe ressaltar também que no Recurso Extraordinário 635659, de relatoria do ministro Gilmar Mendes foi reconhecido por meio do plenário a existência de Repercussão Geral, requisito de admissibilidade do RE, de acordo com o próprio ministro, “trata-se de discussão que alcança certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”. Como consequência desse reconhecimento de Repercussão Geral, há a possibilidade da criação de uma jurisprudência para os tribunais inferiores, de modo que caso seja reconhecido o recurso, será um forte argumento que favorece ainda mais a abolição do ilícito do artigo 28 (CARVALHO E CARVALHO, 2014, não paginado).

Feita essa ressalva, retorna-se à decisão já concretizada elencada anteriormente, o primeiro Habeas Corpus do Supremo Tribunal Federal que aplicou o princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, aceitando se tratar de uma conduta penalmente atípica.

Diante da relevância e inovação dessa decisão, faz-se necessário um estudo da mesma, relacionando os critérios de reconhecimento de uma conduta insignificante com o caso concreto. E é sobre essa decisão que será dado enfoque no próximo capítulo, levando em consideração toda a fundamentação utilizada até o momento, desde a imposição de um sistema penal menos repressivo até o significado do princípio da insignificância.

4 O HC N. 110.475/SC DO STF E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O ordenamento jurídico vigente prevê a aplicação do princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, aos delitos que não causarem danos relevantes ao bem jurídico tutelado. Assim, evitaria se ocupar de punir aqueles crimes menos prejudiciais e se preocuparia com os que efetivamente causaram danos, visando maior celeridade e economia processual.

Ocorre que há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação do princípio em questão ao crime de posse de droga para consumo pessoal previsto na Lei 11.343/2006, o que acaba tornando o presente assunto relevante e atual.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como visto no capítulo anterior, sobre a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de porte de drogas, principal objeto de estudo do trabalho monográfico em questão, há dois entendimentos: enquanto alguns consideram que o simples fato de adquirir a droga, mesmo que em pequena quantidade, visto que o delito tipificado pelo art. 28 da Lei de Drogas é de perigo presumido, estaria causando dano irreparável à saúde pública, no caso a vítima seria a sociedade, outros consideram que estaria causando danos apenas para o próprio usuário, o que não há como punir.

Quanto às divergências sobre o assunto, temos como primeiro entendimento aquele que “adota a relevância penal do fato, baseando-se na premissa de ser tipo de perigo presumido, ou seja, não era necessário demonstrar que o bem jurídico foi exposto a lesão, sendo tal presunção desde logo determinada pela norma” (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 268).

Quanto ao segundo entendimento, este vem aceitando a aplicação do princípio, por considerar que o fato será atípico se a quantidade de entorpecente encontrada for ínfima, inexistindo perigo à saúde pública e, ainda que a pena para o crime de porte de drogas seja branda, qualquer punição seria irracional e desproporcional, além da própria estigmatização decorrente de um processo criminal. (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 268).

Continuava-se a ter como entendimento dominante aquele elucidado na primeira teoria, a da não aplicação do princípio da insignificância. Contudo, casos isolados na jurisprudência dos tribunais superiores demonstram que a discussão permanece em aberto (MENDES, 2013, não paginado).

Entretanto, embora o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, vai ao encontro da teoria da não aplicação, surgiu uma decisão importante, a primeira em que o STF aplicou o Princípio da Insignificância ao crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas, e que vem servindo como fundamento a pedidos de absolvição do acusado em primeiro grau, foi o HC n 110.475/SC, e é sobre essa decisão jurisprudencial que se discorrerá detalhadamente.

4.2 O HC N. 110.475/SC DO STF

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, adotou o entendimento da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes tipificados no art. 28 da Lei nº 11.343/06, qual seja, o porte de drogas para consumo próprio.

Entretanto, tal conclusão não surgiu de repente. Foi necessário um longo processo penal. O que não se esperava é que um processo que poderia ser considerado apenas mais um na pilha de autos de um Juizado Especial Criminal viria a se tornar a primeira decisão a considerar que não é o fato de estar em posse de substâncias proibidas que figura como um delito que possa vir a causar danos a saúde pública.

Ainda, estando a situação concreta elencada nos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, não teria porque, desconsiderar tal aplicação e tornar a conduta típica por não causar lesão significativa a um bem jurídico relevante.

Ante a complexidade do assunto, importante se faz um estudo detalhado da referida decisão, iniciando-se pelo processo penal nº 008.06.006996-9 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau que culminou no HC nº 110.475/SC impetrado ao Supremo Tribunal Federal.

4.2.1 Evolução Processual

Em 05 de abril de 2006, Pablo Luiz Malkiewiez, tornou-se réu em um processo criminal, sendo denunciado por porte de drogas para consumo pessoal pois, conforme descrito pela impetrante do HC 110.475/SC, “nessa oportunidade, os policiais teriam feito uma revista no veículo do paciente, localizando no seu interior aproximadamente 0,6g de substância entorpecente conhecida como maconha e que se destinava ao consumo do paciente”.

Embora a pequena quantidade de droga apreendida, o réu foi encaminhado ao Presídio Regional de Blumenau, como se pode verificar no andamento processual junto ao

site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que demonstra a expedição de ofício ao Presídio para Requisição de Preso para Audiência, além de citações no relatório no Habeas Corpus 110.475/SC.

No dia seguinte a apreensão, o processo já foi distribuído ao Juizado Especial Criminal de Blumenau.

Passados os primeiros procedimentos processuais, com juntada de laudo pericial, vista ao Ministério Público, autuação da presente Ação Penal, depósito do valor de R\$ 25,00 apreendidos com o réu, e posterior envio para o Juiz, em 31 de julho de 2006, os autos estavam conclusos para despacho, momento em que o magistrado designou dia e hora para realização de audiência, nos termos do art. 78, caput e § 3.º da Lei n.º 9.099/95.

Primeira tentativa, a audiência teve que ser suspensa, visto que as intimações devidas não foram totalmente concluídas. Com isso, foi designada nova audiência, proferindo-se os devidos mandados de intimação, vindo a mesma a ser realizada no dia 28 de agosto de 2007. Nesta data, acaba o magistrado por decidir apenas por declinar a competência ao juízo comum.

Com a referida decisão, os autos passaram a ser de competência da 3ª Vara Criminal que, em 13 de dezembro de 2007, proferiu despacho nos seguintes termos:

Vistos, etc. I- No que concerne a alegada dependência toxicológica do acusado, determino a submissão do mesmo a exame. Nomeio-lhe curador na pessoa de seu defensor. Instaure-se o respectivo incidente, devendo ser respondidos os quesitos de praxe. Intime-se as partes para, querendo, apresentarem questionamentos, em 05 dias. Requisite-se vaga. Prazo para entrega do laudo: 15 dias. II- Suspendo o curso do processo até a conclusão da perícia. Cumpra-se. Blumenau, 13 de dezembro de 2007. Luiz Felipe Siegert Schuch Juiz de Direito (SANTA CATARINA, 2007).

Consequentemente, o processo dependente foi iniciado, sendo o referido incidente processual necessário para comprovar a real dependência toxicológica do réu, que já havia confessado em depoimento policial.

Com a demora em conseguir vaga para realização do exame toxicológico, apenas em 27 de junho de 2008, foi recebido o referido exame, sendo aberta vista as partes para se manifestarem acerca do laudo pericial.

Após a manifestação do Ministério Público e alegações finais por parte do defensor do réu, o processo seguiu concluso para sentença. Ressalta-se que, visto não ser o processo em estudo disponível de forma eletrônica, não foi possível acessar muitas das peças processuais, não havendo meios de saber qual o teor de algumas peças, como a manifestação do Ministério Público neste momento processual.

Entretanto, como o principal objeto de estudo continua sendo o HC 110.475/SC, as informações presentes do site do poder Judiciário de Santa Catarina são suficientes para se compreender o deslinde processual em primeiro e segundo grau.

Retomando o andamento processual, a sentença foi preferida em 12 de fevereiro de 2009, julgando procedente a denúncia feita pelo Ministério Público nos termos a seguir:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na denúncia para condenar o acusado Pablo Luiz Malkiewicz ao cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 3 meses e 15 dias, por infração ao art. 28, caput, da Lei n. 11.343/06. Condene o acusado ao pagamento das custas processuais (CPP, art. 804). Transitada em julgado esta sentença: a) lance-se o nome do acusado no rol dos culpados; b) comunique-se à Corregedoria Geral da Justiça; c) oficie-se ao Juízo Eleitoral para os fins do art. 15, III, da CRFB, observando o disposto no art. 265-A do Código de Normas da Corregedoria; d) expeça-se a carta de guia para o cumprimento da pena, formando-se o processo de execução criminal; e) restituam-se os objetos apreendidos (aparelho de telefone celular e a quantia de R\$ 25,00) ao acusado. Em face da ausência de controvérsia sobre a natureza ou quantidade da droga, ou sobre a regularidade do laudo pericial, determino a incineração da droga, no prazo máximo de 30 dias. Oficie-se à autoridade policial para cumprir a providência, com posterior remessa de auto circunstanciado da destruição da droga a este Juízo. Fixo a remuneração do defensor dativo, Dr. Nilson Inácio Kuffel, no valor equivalente a 5 URHs, com base na Lei Complementar Estadual n. 155/97, e respectivo Anexo Único (item 28). Publique-se em mãos do escrivão (CPP, art. 389). Registre-se (CPP, art. 389). Intimem-se (CPP, arts. 390 e 392). (SANTA CATARINA, 2009)

Referida decisão transitou em julgado em 07 de maio de 2009.

Ocorre que, em 14 de julho de 2009 o acusado interpôs recurso de apelação por termo, o qual foi recebido pelo juiz *a quo* no efeito suspensivo na forma do art. 578 do CPP, e remetido ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina após a apresentação das razões.

O tribunal entendeu, mesmo com parecer favorável do Ministério Público por não prover a apelação do acusado, levando em consideração o entendimento dominante até o momento, qual seja, a não aplicação do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato, resultando na seguinte ementa:

APELACAO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE DROGA PARA CONSUMO PROPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/06) – ALMEJADA APLICACAO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA EM RAZAO DA PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE – IMPOSSIBILIDADE – DELITO DE PERIGO ABSTRATO – DOSIMETRIA – CONCURSO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDENCIA E A ATENUANTE DA CONFISSAO ESPONTANEA – PREPONDERANCIA DAQUELA A TEOR DO ART. 67 DO CODIGO PENAL – MANUTENCAO DA SENTENCA – RECURSO NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2012)

Com isso, o processo de execução foi iniciado, a droga incinerada e o processo arquivado definitivamente.

Poderia parar nesse ponto, como boa parte dos processos criminais, mas se simples fosse não seria tão importante o estudo do presente caso. Ainda inconformado com a decisão do magistrado *a quo* e confirmação do mesmo entendimento pelo Tribunal de Justiça, o acusado não se deu por satisfeito e ingressou com Habeas Corpus ao Superior Tribunal de Justiça.

O referido Habeas Corpus recebeu o número 168.049/SC e foi distribuído à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, segundo O Ministro Heuer, mesmo com o parecer favorável do Ministério Público em prol do paciente, a Colenda Turma nem mesmo conheceu da impetração, alegando que seria necessário uma análise do conjunto fático probatório para o reconhecimento da insignificância. Com isso a decisão restou assim ementada:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Na hipótese, o acórdão transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. III. A análise do pedido de aplicação ao caso do Princípio da Insignificância demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. IV. Ordem não conhecida. (BRASIL, 2012).

Tendo a referida decisão em mãos, novo Habeas Corpus foi impetrado em nome do paciente Pablo Luiz Malkiewiez, agora ao Supremo Tribunal Federal e tendo como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Surge então o HC 110.475/SC do STF, principal objeto de estudo desta monografia.

Cabe esclarecer que todas as informações a seguir, referentes ao HC 110.475/SC foram retiradas da página virtual do Supremo Tribunal Federal, sendo complementadas apenas pela petição inicial que segue como primeiro anexo desta monografia.

Inicialmente, o Habeas Corpus impetrado ao Supremo foi distribuído ao Ministro Dias Toffoli, em 26 de setembro de 2011, já seguindo concluso ao mesmo que, após verificar a falta de pedido liminar e que os autos chegaram devidamente instruídos com as peças necessárias, dispensou ouvir a autoridade coatora, dando vista dos autos à Procuradoria Geral da República.

O Subprocurador-Geral da República, Sr. Mario José Gisi, deu seu parecer pela concessão da ordem nos seguintes termos:

Persistimos na tese já exposta perante o Superior Tribunal de Justiça, no HC 168.049/SC, pelo Il. Subprocurador Geral da República Juarez Tavares, cujo teor segue: “A ordem deve ser concedida. Com razão a impetrante quanto à tese de aplicabilidade, ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, do princípio da insignificância. Como se sabe, o princípio da insignificância está estritamente ligado à idéia de que a apreensão penal da conduta deve constituir tutela de última razão, somente se fazendo incidir em casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. É que não se pode admitir desproporcionalidade entre meios e fins diante dos ditames da Constituição Federal, que afirma a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, caput. Por meio de sua aplicação, afasta-se a incidência do Direito Penal sobre comportamentos que, apesar de formalmente típicos, não apresentam relevância penal material. Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz, “por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não o sejam materialmente, dada sua irrelevância” (BRASIL, 2012)

O representante do Ministério Público esclareceu ainda sua posição alegando que o caso em tela também deveria levar em consideração os elementos necessários a possibilitar a aplicação do princípio da insignificância, os mesmos já explicados pontualmente nesta monografia, qual sejam, a ofensividade mínima da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. Demonstrados os fundamentos, o Subprocurador declarou “não haver qualquer óbice à aplicação do postulado da insignificância ao tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas” (BRASIL, 2011).

Na mesma manifestação, foi ressaltada a controvérsia entre os dois entendimentos a respeito da aplicação dos elementos para configurar o princípio da insignificância aos delitos de perigo abstrato ou presumido, principalmente nos casos dos delitos do art. 28 da Lei de Drogas, mas mesmo assim, o Ministério Público Federal manteve seu posicionamento favorável a concessão da ordem requerida no Habeas Corpus 110.475/SC, apresentando até algumas decisões de alguns Tribunais de Justiça favoráveis à aplicação (BRASIL, 2011).

Ressalvou ainda que se deveria levar em consideração o caso estudado, qual seja a apreensão de 0,6 gramas de maconha para uso próprio e, mesmo sendo uma conduta tipificada, não apresenta relevância material nem para o agente, nem para a saúde pública, que seria o bem jurídico tutelado pelo artigo, visto sua quantidade ínfima. Ainda não é o fato de o ato ser ilícito que já deve gerar uma sanção penal, visto que algumas condutas, embora tipificadas, são socialmente toleradas. Além disso, o ordenamento jurídico vigente busca exatamente o contrário, ou seja, um Estado interventor mínimo, sendo a punição a tutela de última razão (BRASIL, 2012).

Por fim, concluiu sua manifestação opinando nos seguintes termos:

Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supra-individuais, tais como a saúde pública, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo. Identificados, pois, os vetores que autorizam o reconhecimento do princípio da insignificância, há de se reconhecer a atipicidade da conduta, com a consequente absolvição do paciente (BRASIL, 2012).

Recebida a Manifestação favorável do Ministério Público Federal, os autos seguiram conclusos ao Relator sendo apresentados em mesa para julgamento em 30 de janeiro de 2012.

Em 14 de fevereiro de 2012, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, iniciou-se o julgamento do Habeas Corpus 110.475/SC, ressaltando-se que a referida decisão encontra-se no anexo 2 desta monografia, sendo que foi retirada da página virtual do Supremo Tribunal Federal.

Após breve relatório do caso e descrição do pedido da impetrante, que buscava o reconhecimento da atipicidade da conduta com base no princípio da insignificância e a consequente extinção da ação penal, passou-se para os votos dos Ministros.

Iniciou-se pelo voto do Relator Senhor Ministro Dias Toffoli que deu seu parecer favorável a concessão da ordem e citou vários exemplos de tribunais inferiores que seguiam o mesmo entendimento, além do parecer do Ministério Público Federal, também favorável.

Toffoli considerou a aplicação do princípio da insignificância com base em vetores criados pelo próprio Supremo, demonstrando-os com a seguinte ementa:

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na

aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (BRASIL, 2012).

Esclareceu ainda que o conceito jurisprudencial demonstrado na ementa acima se desenvolveu com base em doutrinas significativas. Ressaltou que, embora o princípio da insignificância não tenha previsão legal no direito brasileiro, é unanimemente utilizado como descaracterizador da tipicidade penal (BRASIL, 2012).

Embora a questão da aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal ainda esteja em discussão, não estando pacificada, com a pressão midiática e adeptos da liberação, principalmente, da droga conhecida como maconha, o tratamento aos usuários teve que passar a ser diferenciado, um dos avanços foi a retirada da pena privativa de liberdade ao crime de posse de drogas para consumo pessoal e o foco na recuperação do acusado. Mesmo assim, ainda há muito que ser discutido e aprimorado quanto ao assunto.

O Senhor Ministro Toffoli ressaltou, além do princípio da insignificância, a consideração ao princípio da intervenção penal mínima do Estado, citando o ensinamento de outro doutrinador do assunto com as palavras:

[...] na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti (Curso de Direito Penal - Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68, item nº 51), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Sabe-se que a configuração da atipicidade, que permite o trancamento da persecução penal em face da aplicação do princípio da insignificância, tem lugar quando é possível verificar, no tocante à conduta perpetrada pelo agente, uma ofensividade mínima, quando a ação, apesar de encontrar tipificação no ordenamento jurídico pátrio, além de não representar periculosidade social, também revelar grau de reprovabilidade irrelevante, a par da ofensa levada a efeito não implicar lesão expressiva ao bem jurídico penalmente tutelado. Em tais circunstâncias, permite-se o reconhecimento

do crime de bagatela, o qual é desprovido de caráter penal de maior relevância (BRASIL, 2012).

O Ministro Relator demonstra que, para considerar uma conduta típica, é necessário analisar muito além do fato de estar previsto no Código Penal. É preciso estimar o grau de prejudicialidade da conduta, se houve uma ofensa aos valores indispensáveis, como ordem social, vida, liberdade e propriedade.

Com isso, será possível verificar a tipicidade material da conduta e aplicar o princípio da intervenção mínima do estado, visto que a apreensão penal da conduta deve ser aplicada em último caso, afirmando assim a dignidade da pessoa humana e fazendo com que a aplicação do princípio da insignificância seja característica de um direito penal mínimo (BRASIL, 2012).

Por fim, declarou o Ministro Dias Toffoli ser favorável ao deferimento do pedido do habeas corpus, determinando o trancamento da ação penal originária, qual seja o processo que correu na 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau/SC e recebeu o nº 008.06.006996-9, devendo, com isso, serem invalidados todos os atos processuais desde a denúncia, declarando ausência de tipicidade material da conduta do agente Pablo Luiz Malkiewiez (BRASIL, 2012).

Após, foi a vez da Ministra Rosa Weber dar seu voto, onde, brevemente, acompanhou o voto do Ministro Relator Dias Toffoli, ressaltando apenas que só o fazia pelo fato de também considerar 0,6 gramas da droga apreendida ser uma quantidade ínfima (BRASIL, 2012).

Em seguida, proferiu seu voto o Ministro Luiz Fux, que fez uma ponderação entre o crime e tudo que o paciente já havia passado com o processo criminal em comento, considerando não haver proporcionalidade e, por isso, acompanhou o voto do Ministro Relator (BRASIL, 2012).

Por último, a Ministra Carmen Lúcia proferiu-se seu voto, também acompanhando todos os outros, mas fez uma ressalva:

[...] eu ainda me permito pensar melhor sobre a aplicação desse princípio da insignificância, já que toda droga realmente, para mim, não pode ser considerada nem juridicamente tão insignificante, mas o comportamento que seria tipificado que me leva a acompanhar Vossa Excelência, neste caso especificamente (BRASIL, 2012).

Ante o parecer favorável de todos os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, foi declarada concedida a ordem de habeas corpus, proferindo-se assim a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida (BRASIL, 2012).

Após julgado, foi expedido o Inteiro Teor do Acórdão à 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau para que produzisse seus efeitos legais no processo originário que, em 05 de março de 2012, foi recebido e tornou o processo inválido desde a denúncia.

O Habeas Corpus 110.475/SC do Supremo Tribunal Federal transitou em julgado em 27 de março de 2012, tornando-se, assim, a primeira decisão que aplicou o princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, usando como principal argumento a nenhuma periculosidade da ação, visto a quantidade ínfima apreendida.

4.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Como demonstrado inicialmente nessa monografia, a criminalização do uso de drogas tem recebido críticas há muitos anos e continua sendo um assunto relevante e atual entre doutrinadores consagrados, legisladores e até mesmo em mesas de bares.

Embora o Habeas Corpus 110.475/SC do Supremo Tribunal Federal não tenha tido repercussão geral, onde seria possível pacificar o entendimento quanto a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de droga para consumo pessoal, a discussão continua sendo acirrada. De um lado aqueles que apoiam a aplicação e acreditam na

inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, de outro, entendimento majoritário, os que defendem a letra expressa do artigo, que prevê apreensão de pequena quantidade de drogas e consideram a saúde pública como bem juridicamente tutelado.

Ante o exposto, é importante demonstrar quais seriam as consequências, caso se pacifique o segundo entendimento ilustrado anteriormente.

Aos seguidores do entendimento majoritário, ao aplicar o princípio da insignificância ao art. 28 da Lei de Drogas, estaria tornando a norma em questão inconstitucional, entretanto, é exatamente isso que os entendedores da segunda teoria buscam.

Ao considerar que o único que pode ser prejudicado com o uso de drogas é o próprio usuário, não haveria porque o Estado intervir em seu livre arbítrio. Utilizando-se de princípios como intervenção mínima do Estado, direito fundamental à liberdade de escolha, além da razoabilidade e proporcionalidade da aplicação de sanções, os seguidores da segunda teoria apoiam a descriminalização do uso de drogas, e alguns até sua legalização.

Ainda, “a discricionariedade judicial deve ser sempre dirigida não a estender, mas a reduzir a intervenção penal enquanto não motivada por argumentos cognoscitivos seguros” (LOPES JÚNIOR 2006, p. 118).

Diante da toda fundamentação elencada durante a monografia, entende-se por acompanhar o entendimento jurisprudencial minoritário, qual seja, a aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal, mas com ressalvas, as mesmas consideradas por alguns doutrinadores, como Lopes Júnior que expõe:

Diante desse cenário de risco total em que o processo penal se insere, mais do que nunca devemos lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais das quais não podemos abrir mão. É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. [...] Em definitivo, é importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade. (2003, p. 67-68).

Batista (1990, p. 59-61) destaca a necessidade de diferenciar cada droga ante seu potencial prejudicial, para aí sim projetar a liberação do uso, ou seja, para tornar uma droga lícita ou ilícita deve-se ter como referência a comprovação científica de seus malefícios, como na sua capacidade de tornar o usuário dependente químico de forma significativa, e nesse contexto se enquadraria o álcool, por exemplo, que tem seu uso lícito. Mas, além disso, precisa-se individualizar aquilo que é usual e não efetivamente nocivo, podendo até diferenciá-las entre classes, o objetivo maior seria diminuir a extensa lista de substâncias

entorpecentes proibidas. O autor cita ainda que o usuário de qualquer droga deveria ser tratado como aqueles do álcool, a exemplo do artigo 62 da Lei das Contravenções Penais, que estabelece pena de prisão àquele que colocar em risco a segurança própria ou alheia.

O autor faz ainda uma reflexão interessante sobre os malefícios de drogas lícitas:

No Brasil, temos uma droga que é um problema sério [...]. o pior é que o abuso continuado da droga de que estamos falando faz um mal terrível à saúde. E tem mais: essa droga é comprovadamente associável à maior causa de mortes nas grandes cidades (transito), bem como a espancamentos domésticos e rixas em bares e outros locais abertos ao público. Estamos falando da cachaça. O álcool é realmente a droga que constitui um problema de saúde pública. Como a lei trata o álcool? Você pode comprar cachaça em qualquer bar: o fabricante pagou um imposto, e o comerciante pagou outro. E quem abusa do álcool? Se o fizer na sua casa, ou na casa de um amigo, ninguém tem nada com isso. [...] O álcool é uma droga lícita, ou seja, permitida pela lei. Há outras. Temos o tabaco, que também comprovadamente é prejudicial à saúde. Mas temos também outras drogas ilícitas, isto é, proibidas pela lei. São elas principalmente a maconha e a cocaína. A maconha faz menos mal à saúde do que o tabaco e o álcool e, ao contrário deste último, não estabelece dependência física (a pessoa para de usá-la sem as perturbações que o viciado em álcool experimenta se parar subitamente de beber). (1990, p. 67-68)

Nesse mesmo sentido, Baratta ressalta que a criminalização do uso de drogas acaba por atingir apenas aos grupos sociais menos favorecidos. Isso porque há inúmeros usuários que levam a vida normalmente, desenvolvendo seu papel profissional, sem qualquer dano. O autor descreve aquele consumidor que tem o hábito de fumar um cigarro de maconha ou outro no final de semana e na segunda-feira vai para seu trabalho e continua com sua rotina sem qualquer prejuízo. Estes consumidores, que, segundo o autor, são a maioria, não estão inseridos no estereótipo criado pela sociedade, que relaciona o uso de droga à marginalização e à criminalidade, embora a questão esteja presente em todas as áreas sociais (1993, p. 209).

Karam (2003, não paginado) considera que a atual política proibicionista ao criminalizar o consumo de drogas ilícitas, demonstra a intervenção do sistema penal sob os direitos à liberdade, à intimidade e à saúde. Sendo assim incompatível com a política de um Estado Democrático de Direito, seja por punir com pena privativa de liberdade, seja com penas alternativas. Esse sistema acaba por estigmatizar o consumidor como criminoso, portanto, deve sofrer uma pena. Entretanto, a autora concorda com a visão de que, se não está ponto a perigo concreto terceiros, o consumo de drogas para uso pessoal insere-se na esfera individual, ou seja, na vida privada do consumidor.

O atual sistema repressivo só tem produzido benefícios aos grandes traficantes, o que sugeriu cogitar a ideia de controlar o problema através da legalidade do mesmo, visto que a ilegalidade não tem trazido melhoras positivas. Entretanto, como toda mudança, existem os prós e contras. Como melhorias, pode-se prever a falência dos “cartéis”, maior qualidade da

droga, diminuindo assim seus efeitos negativos à saúde e a possibilidade de cobrança de impostos sobre diversos serviços que envolvam a fabricação e a venda das drogas. Como possíveis malefícios, poderá ocorrer o aumento astronômico do consumo e, diante da cobrança de impostos, a provável permanência de um comércio marginal (BATISTA, 1990, p. 64).

Entretanto, a exemplo de países que aderiram a descriminalização do uso de drogas, mais precisamente do uso da, vulgarmente conhecida, maconha, Baratta ressalta:

En ciertos países, la disminución del consumo de determinadas drogas no puede atribuirse con evidencia científica a la intervención de la acción penal. Por el contrario, las experiencias de despenalización del consumo de cannabis llevadas a cabo en Holanda y en algunos Estados de los Estados Unidos muestran que el consumo no ha aumentado (1993, p. 210)

O comércio ilegal de drogas rende bilhões de dólares anualmente, mas os únicos beneficiados acabam por ser apenas as organizações criminosas que comercializam a droga. A legalização de algumas drogas e suas taxações poderiam trazer benefícios financeiros ao país. Na Colômbia, Bolívia e Peru, aproximadamente 800 mil camponeses vivem do cultivo de drogas como coca e cannabis, que são vendidas aos traficantes e, depois de transformadas, importadas para a Europa e América do Norte, rendendo em média de 25 bilhões de dólares, no hemisfério norte esse valor é multiplicado por cinco, tudo isso em dinheiro livre de impostos. Se esses países controlassem o comércio de drogas, teriam esse valor injetado na economia do país (BATISTA, 1990, p. 63-64).

Batista completa:

Não há qualquer motivo lógico para que o abuso de drogas ilícitas seja tratado diferentemente do abuso de drogas lícitas. Não deveria haver qualquer diferença entre a situação jurídica de quem usa álcool ou maconha: se não incomodasse ninguém pelo escândalo ou expondo a perigo a segurança alheia ou a própria, nenhuma infração penal (1990, p. 68).

Entende-se que a legalização das drogas está em um patamar longe de ser alcançado, visto as deficiências na política brasileira. Entretanto, a liberação apenas do consumo de maconha culminaria em uma quebra de tabu, deixando de estigmatizar os usuários como criminosos e passando a tratá-los como é tratado o usuário, por exemplo, de álcool ou tabaco, com suas devidas limitações.

5 CONCLUSÃO

Durante a elaboração da presente monografia, acompanhou-se a evolução da política criminal de drogas no Brasil, sendo possível perceber que a atual legislação, a lei 11.343 de 2006, baseada em convenções e modelos criminais de outros países, evoluiu juntamente com todo o ordenamento jurídico brasileiro, tentando acompanhar o pensamento contemporâneo.

Tinha-se como objetivo específico no primeiro capítulo analisar o proibicionismo e a política de drogas no Brasil e foi possível perceber que a atual lei de drogas passou a distinguir o usuário do traficante com base na lesividade causada por sua conduta e diferenciando-os conforme a situação em que o autor fosse flagrado, considerando o ambiente, a quantidade de droga apreendida, entre outros fatores.

Assim, com as mudanças aplicadas ao artigo 28 da lei de drogas, houve a despenalização da conduta, visto que continua havendo uma punição, ainda que mais brandas, e manteve-se o caráter de crime, ou seja, continua tipificada a conduta de posse de drogas para consumo pessoal.

Ainda, embora sendo uma das características do art. 28 da Lei 11.343/06 a pequena quantidade de drogas, é preciso ressaltar que o ordenamento jurídico deve ser interpretado com base nos princípios basilares da Constituição e, nesse caso, do Direito Penal, como a exemplo do Princípio da Insignificância que possibilita desconsiderar a tipicidade material do delito caso seja aplicado.

Diante disso, foi possível verificar no segundo capítulo, como era o objetivo, que com princípio da insignificância é possível desconsiderar as condutas que causam leve ou nenhum prejuízo ao bem jurídico tutelado, liberando o sistema judiciário para se preocupar com os delitos mais graves.

Diante das divergências quanto a quais delitos é possível aplicar o princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal criou vetores que, cumulativamente, são capazes de definir se a conduta é insignificante ou não. Esses vetores foram titulados como mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Dividem-se os doutrinadores e os magistrados quanto a aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal. A primeira teoria considera que não há como aplicar o Princípio da Insignificância aos crimes previstos na Lei de Tóxicos, isso porque o perigo de causar lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a saúde pública, é

presumido pelo simples fato de ocorrer a conduta proibitiva. Tal presunção vem do fato de o usuário adquirir a droga ilícita e, o simples fato de adquiri-la, coloca em risco a saúde pública e ainda alimenta o comércio ilegal de tráfico de drogas. Assim, independentemente da quantidade de droga que esteja em posse do acusado, já há o risco de causar prejuízo, não só para ele, mas para a sociedade. Portanto, não há como aplicar tal princípio.

O segundo entendimento considera que não é o fato de estar em posse de substâncias proibidas que figura como um delito que possa vir a causar danos a saúde pública. Ainda, estando a situação concreta elencada nos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, não teria porque, desconsiderar tal aplicação e tornar a conduta atípica por não causar lesão significativa a um bem jurídico relevante.

Visto haver dois entendimentos quanto a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, concluiu-se que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento pela não aplicação. Quanto ao Supremo Tribunal Federal – embora não tenha considerado como de repercussão geral e continua a aplicar majoritariamente o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – adotou o entendimento da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes tipificados no art. 28 da Lei nº 11.343/06 em uma decisão inovadora, o HC n 110.475/SC.

No terceiro e último capítulo, realizou-se um estudo do HC n. 110.475/SC, desde seu processo originário até o relatório do ministro relator do caso, sendo que este era o terceiro objetivo da monografia.

Através da fundamentação elencada e diante a decisão importante e inovadora do Supremo Tribunal Federal, foi possível responder ao objetivo específico desta monografia, quais sejam, as possíveis circunstâncias caso os tribunais passem a aplicar o segundo entendimento ao delito de posse de drogas para consumo pessoal.

Percebeu-se que aqueles doutrinadores que apoiam a aplicação, na maioria, também apoiam uma liberação ou até legalização das drogas, mas fazem ressalvas.

Um ponto importante a ser analisado é o potencial prejudicial de cada droga, para depois considerar se sua criminalização é mesmo necessária. Foram vistos exemplos de substâncias antes criminalizadas e que tiveram sua devida legalização, mesmo sendo nocivas a saúde. Um exemplo foi o álcool que, comparado a *cannabis* é muito mais prejudicial, seja pela alteração da consciência que causa ao usuário, seja pela dependência química que provoca e a facilidade de se tornar um viciado.

A liberação do álcool e do tabaco trouxe diversos benefícios, como a cobrança de impostos sob suas produções e comercialização, beneficiando financeiramente o Estado, e

também a possibilidade de controlar as substâncias, tornando-as menos nocivas à saúde do usuário.

Assim, é possível fazer uma breve análise das consequências da liberação do uso de drogas.

Quanto aos possíveis malefícios da descriminalização do uso de drogas, pode-se alertar para o acréscimo significativo de usuários e viciados, o que acarretaria no aumento de gasto com a saúde pública, como possíveis internações compulsórias.

Entre os benefícios pode-se considerar a possibilidade da cobrança de impostos, como aconteceu nos casos do álcool e do tabaco, além do controle de substâncias da droga. Deve-se ressaltar ainda, com a descriminalização do uso de drogas, a possibilidade de diminuição de processos judiciais ou termos circunstanciados no caso do delito de posse de droga para uso pessoal, liberando o judiciário e a polícia para se preocuparem com crimes mais significativos.

Após a descriminalização, iniciar-se-ia políticas públicas de prevenção ao uso de drogas, com campanhas educativas demonstrando seus malefícios à saúde, como ocorreu após a liberação do álcool e do tabaco.

Diante da fundamentação exposta, contrariando o entendimento majoritário dos tribunais superiores, conclui-se que a liberação, inicialmente, apenas do consumo da droga *cannabis*, conhecida como maconha, diante de seu baixo potencial ofensivo à saúde do indivíduo e até mesmo à saúde pública, traria mais benefícios de forma geral do que malefícios. Este seria o começo de uma nova política de drogas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.** Palestra proferida no painel “Crime Castigo e Direito”. XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 28 de setembro de 2005, 18 p.

AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14470>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do Direito Penal.** Porto Alegre: Sulina, 2013. 334 p.

AZEVEDO, André Boiani e. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** Disponível em: <http://www.azevedo.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=51> acesso em 06 de outubro de 2015.

BARATTA, Alesandro. **Introducción a uma sociologia de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias.** Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7_introduccion_a_una_sociologia_de_la_droga.pdf> acesso em 23 de setembro de 2015.

BARROS, André. **STF: DESCRIMINALIZA A MACONHA ! RE 635659.** Disponível em: <<http://andrebarrospolitica.blogspot.com.br/2013/01/stf-descriminaliza-maconha-re-635659.html>> publicado em 17 de janeiro de 2013, acesso em 14 de setembro de 2015.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191p.

BOITEUX, Luciana. **Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas.** Artigo publicado originalmente no Jornal “Le Monde Diplomatique”, Ano 3. Numero 26. Setembro de 2009, p. 10-11.

BOSCHI, José Antônio Padilha. **Ação Penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal –** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 435 p.

BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> acesso em 15 de outubro de 2015.

BRASIL, **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> acesso em 15 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PENAL. POSSE DE ENTORPECENTE. USO PRÓPRIO...** Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18 nov. 2014. Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20100101+e+%40DTDE+%3C%3D+20141231&livre=drogas+princ%EDpio+da+insignific%E2ncia&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> acesso em 15 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA...** Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17 nov. 2014.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20100101+e+%40DTDE+%3C%3D+20141231&livre=drogas+princ%EDpio+da+insignific%E2ncia&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> acesso em 15 de outubro de 2015. 2014a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110.475/SC.** Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 14 fev. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28consumo+pr%F3prio+insignificancia%29%28%40JULG+%3E%3D+20100101%29%28%40JULG+%3C%3D+20141231%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ofn6dj5>> acesso em 15 de outubro de 2015.

BRITO, Iuri Teixeira. **A controvérsia sobre a descriminalização do usuário na Lei 11.343/06.** Disponível em: <<http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/a-controversia-sobre-a-descriminalizacao-do-usuario-na-lei-1134306-437164.html>> acesso em 11 de maio de 2015.

CAMPOPIANO, Bruno Cortina. **Jurisprudência:** publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20. Edição Especial, outubro/2012. ISSN 1676-3661.

CARVALHO, Daniel. CARVALHO, Maria do Socorro Almeida de. **Lei de Uso de Drogas:** A importância da aplicação do princípio da insignificância à conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Publicado em 2014. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-importancia-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-a-conduta-de-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal/124266/#ixzz3kEfr7eQ7>> acesso em 29 de agosto de 2015.

CARVALHO, Geraldo Sanches. **Drogas no contexto do Direito Penal Brasileiro.** Revista IMESC nº 3, 2001. p. 87-93.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **Uma história política da criminalização das Drogas no Brasil: a construção de uma Política Nacional.** VI Semana de História e III Seminário Nacional de História: Política, cultura e sociedade. Programa de Pós Graduação em História/UERJ. 17 a 21 de outubro de 2011. 17 p.

COIMBRA, Luiz Octávio. **Prisão não resolve:** tema em discussão: prender mais para combater a criminalidade. Artigo publicado na revista O Globo. 20 de maio de 2013.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2ª Ed. Rev. Amp. e Atual. Editora JusPodivm. 2014, 956 p.

Declaração da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. **Drogas e Democracia:** Rumo a uma mudança de paradigma. Projeto gráfico. 2015.

FERRARI, Karine Angela, COLLI, Maciel. **Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06.** Unoesc & Ciência – ACSA, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012.

FRANCISQUINHO, Sergio, FREITAS, Solange Pinheiro de. **A Influência das Drogas na Criminalidade.** Monografia - Curso de Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. Londrina – Paraná. 2008, 85 p.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **O fracasso da Lei nº 10.409/02.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4998>> acesso em 4 de maio de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade.** 3 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção direito e ciências afins; v.1). 237 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 848 p.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal – 6 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011. 212 p.

GRECO, Rogério. **Resumos gráficos de Direito Penal** – vol. 1, 3 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2013, 244p.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A intervenção mínima para um direito penal eficaz.** Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2954>> acesso em 11 de março de 2015.

GUTERRES, Clauber Santos. **Conceitos de "bem de pequeno valor" e de "bem de valor insignificante":** princípio da bagatela no crime de furto. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2584, 29 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17039>>. Acesso em: 7 out. 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Legislação penal especial.** Vol. 1. – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. 800 p.

KARAM, Maria Lucia. **A proibição causa a maioria dos danos associados às drogas:** A política proibicionista e a ampliação do poder do estado de punir. Fórum: “Democracia, direitos humanos, guerra e narcontráfico”. Rio de Janeiro, 2003, não paginado.

KARAM, Maria Lucia. **DROGAS – É PRECISO LEGALIZAR.** 2015.

MACHADO, Angela C. Cangiano et. al. **Prática Penal.** 8 ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 444 p.

MAIA, Luciana Andrade. **Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06).** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06>> acesso em 11 de maio de 2015.

MENDES, Filipe Pinheiro. **Princípio da insignificância e crimes de perigo abstrato**. Publicado em 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25720/principio-da-insignificancia-e-crimes-de-perigo-abstrato#ixzz3kEGiLN5n>> acesso em 29 de agosto de 2015.

NERY FILHO, Antônio et al. **A nova Lei de Drogas (Lei no 11.343/2006) e o usuário: A emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. 2009. 308 páginas.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 8 ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. 742 p.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni – Rio de Janeiro: Revan, 1990, 84 p.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. **Leis Penais Especiais comentadas para concursos**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, 31p.

PRESTES, Cássio Vinícios D. C. V. Lazzari. **O Princípio da Insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. Memória Jurídica Editora, São Paulo, 2003, 103 p.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. **Fundamentos jurídicos dos princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10825&revista_caderno=3> acesso em 06 de outubro de 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Decisão Interlocutória nos autos 008.06.006996-9**. Juiz de Direito Luiz Felipe Siegert Schuch, decisão interlocutória em 13 de dez. 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=080005VRN0000&processo.foro=8>> acesso em 04 de setembro de 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Sentença nos autos 008.06.006996-9**. Juiz de Direito Luiz Felipe Siegert Schuch, julgado em . Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=080005VRN0000&processo.foro=8>> acesso em 04 de setembro de 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 727p.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. 362p.

VILARES, Fernanda Regina. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim – Edição Especial Drogas. Ano 20. ISSN 1676-3661. 2011/2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/280-Ed-Especial-Drogas> acesso em 24 de setembro de 2015.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Quanto mais comportamentos tipificados penalmente, menor o índice de criminalidade?** Jus Navegandi, ano 9, n. 694, 30 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?!id=6792>> acesso em 11 de março de 2015.

ANEXOS

ANEXO 1 – PETIÇÃO INICIAL HC 110.475/SC

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BRASÍLIA/DF.

MATÉRIA: *CONDENACAO NOS TERMOS DO ART. 28, DA LEI N. 11.343/06. APREENSAO DE 0,6 G DE MACONHA. IRRELEVANCIA DO FATOS. CONDUTA ATIPICA. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO WRIT.*

DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER , brasileira, solteira, advogada devidamente inscrita na OAB/SC sob nº 14.909, com endereço profissional na Rua Teresópolis, 637, Itoupava Seca, Blumenau – Estado de Santa Catarina, vem, respeitosamente perante essa Egrégia Corte de Justiça, na condição de impetrante, impetrar – a presente ordem de HABEAS CORPUS, em favor do paciente **PABLO LUIZ MALKIEWIEZ**, brasileiro, solteiro, residente na cidade de Blumenau/SC, apontando como autoridade coatora a Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HABEAS CORPUS N. 168.049/SC oriunda da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau (autos n. 008.06.006996-9).

A impetrante fundamenta seu pedido nos preceitos estabelecidos no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal c/c o artigo 647 e 648, inciso I do Código de Processo Penal, conforme razões de fato de direito que serão expostas a seguir:

I. NATUREZA E SITUAÇÃO DA CAUSA:

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 16, da Lei 6.368/76, porque, segundo a acusação, no dia 05 de abril, por volta das 16h, Policiais civis se deslocaram até as proximidades do Bar Tupi e ali “flagram a pessoa de Descides Nardelli efetuando o tráfico de entorpecentes, procedendo-lhe a autuação e encaminhamento a

autoridade respectiva (...)”, nessa oportunidade, os policiais teriam feito uma revista no veículo do paciente, localizando no seu interior aproximadamente 0,6g de substância entorpecente conhecida como maconha e que se destinava ao consumo do paciente. Ao final da instrução criminal restou condenado a pena de prestação de serviço à comunidade pelo prazo de 03 (três) meses e 15 (quinze) dias como incurso nas sanções do artigo 28, da Lei n. 11.343/06.

Interrogado o paciente confessou os fatos descritos na denúncia declarando ser viciado no consumo de maconha, e realizado o exame de dependência toxicológica o qual concluiu que o paciente “possuía, ao tempo do fato, capacidade de determinar-se diminuída única e exclusivamente em relação ao uso de drogas”.

Ao condenar o paciente, o douto Magistrado entendendo que a aplicação da nova lei, ou seja, 11.343/06 lhe era mais favorável, por não cominar pena privativa de liberdade, entendeu por aplicá-la e condená-lo a pena de prestação de serviço à comunidade supra citada.

Interposto recurso Apelação visando a absolvição do paciente em face da possibilidade de aplicação do princípio insignificância este foi negado, em decisão assim ementada:

“APELACAO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE DROGA PARA CONSUMO PROPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/06) – ALMEJADA APLICACAO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA EM RAZAO DA PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE – IMPOSSIBILIDADE – DELITO DE PERIGO ABSTRATO – DOSIMETRIA – CONCURSO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDENCIA E A ATENUANTE DA CONFISSAO ESPONTANEA – PREPONDERANCIA DAQUELA A TEOR DO ART. 67 DO CODIGO PENAL – MANUTENCAO DA SENTENCA – RECURSO NÃO PROVIDO”.

Contra a decisão impetrou-se pedido de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, contudo, para a surpresa da impetrante, em que pese parecer favorável do Ministério Público no sentido de se conceder a ordem, entendeu a Colenda Turma em não conhecer da impetração, sob o pretexto que o reconhecimento da

insignificância, implicaria na necessidade de análise do conjunto fático probatório. A decisão restou assim ementada:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Na hipótese, o acórdão transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. III. A análise do pedido de aplicação ao caso do Princípio da Insignificância demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. IV. Ordem não conhecida.”

Em que pese o não conhecimento, entende o paciente, data vênua, que saber se há a aplicação do princípio da insignificância na apreensão de 0,6gramas de maconha, não demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, sendo uma questão meramente objetiva, razão pela qual viável a impetração, afinal entende o paciente que injusta a condenação, porquanto, diante da ínfima quantidade de maconha apreendida, atípica é conduta, sendo tal aplicável o princípio da insignificância, consoante precedentes desse Supremo Tribunal Federal.

2. DIREITO PENAL MÍNIMO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PORTE DE MENOS DE UM GRAMA DE MACONHA:

O crime de posse de droga para consumo pessoal, pelo qual restou o paciente condenado, transformou-se (com a nova lei de drogas) em uma infração sui generis

(art. 28, que não comina pena de prisão), sendo o paciente condenado a prestação de serviços a comunidade.

Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, como é caso em questão, ou seja, menos de 01 grama de maconha, o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, mas sim de reconhecer-se a atipicidade da conduta, aplicando-se o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato, entendimento esse que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Há duas modalidades de infração bagatelar: a primeira reside na insignificância da conduta (desaparece nesse caso o juízo de desaprovação da conduta); a segunda na do resultado (não há que se falar em resultado jurídico desvalioso).

No caso em questão, ou seja, a posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse onde se faz necessário constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta.

Ora, na hipótese dos autos a droga apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, portanto, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal” conforme se transformou após a nova legislação).

Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante. A consequência natural da aplicação do critério da insignificância “como critério de interpretação restritiva dos tipos penais – assim sustentava Welzel - ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material” – STF, HC 84.412, rel. Min. Celso de Mello - consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado).

Ora, se a tipicidade penal é (de acordo com a teoria constitucionalista do delito) tipicidade objetiva ou formal + tipicidade material ou normativa, não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo significado é atípico, seja

porque não há desaprovação da conduta (conduta insignificante), seja porque não há um resultado jurídico desvalioso (resultado ínfimo).

Esse Supremo Tribunal Federal já concedeu a ordem para aplicação o princípio da insignificância na hipótese de crime militar. Vejamos:

"HABEAS CORPUS" IMPETRADO POR MEMBRO DO MINISTERIO PUBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTANCIA - PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICACAO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLITICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA, PARA USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZACAO MILITAR - CONSIDERACOES EM TORNO DA JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. "HABEAS CORPUS" IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTERIO PUBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTANCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDENCIA. - O representante do Ministério Público Militar de primeira instancia dispõe de legitimidade ativa para impetrar "habeas corpus", originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos

do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFINA DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes.

(HC 94809, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10- 2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00644)

“HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICACAO NO AMBITO DA JUSTICA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUICAO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, condenado pela pratica do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha). 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice a aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em

lugar de apenar --- Lei n. 11. 343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida”.

(HC 90125, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008)

“HABEAS CORPUS. POSSE DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. APLICACAO. ORDEM CONCEDIDA. Não constitui crime militar trazer consigo quantidade ínfima de substancia entorpecente (4,7 gramas de maconha), em atenção ao princípio da insignificancia. Ordem concedida para absolver o paciente”.

(HC 91074, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-03 PP- 00767)

O próprio Superior Tribunal de Justiça, igualmente, já reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em face da apreensão de quantidade inferior a 01 grama, mesma hipótese dos autos, confirmou a absolvição pelo crime de porte de entorpecentes para uso próprio, nos autos do Resp n. 287.819/RS, julgado pela 6ª Turma em 03 de dezembro de 2001 de relatoria do Ministro FERNANDO GONÇALVES, em decisão assim ementada:

“RESP. PENAL. SUBSTANCIA ENTORPECENTE. QUANTIDADE INFIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO DO MINISTERIO PUBLICO NAO CONHECIDO. Não se justifica o acionamento do aparelho judiciário em se tratando de delito de uso (art. 16, da Lei nº 6.368/76) quando a quantidade de substancia entorpecente encontrada e apreendida alcança apenas 0,903 - novecentos e três miligramas – de cannabis sativa, vulgo "maconha". Nestas condições, a reduzida quantidade, não obstante o eventual maltrato a saúde pública e a difusão do consumo, prejudicando o grupamento social, não representa perigo grave a justificar a sanção. Recurso não conhecido. “PENAL. ENTORPECENTES. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. - Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Habeas Corpus concedido. ”

(HC 17956/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2001, DJ 19/08/2002 p. 194)

Assim Excelências, não há dúvida que no caso em questão, sendo a quantidade apreendida inferior a um grama, sem qualquer potencialidade lesiva, plenamente viável a aplicação do princípio da insignificância.

3. DO REQUERIMENTO:

Ante o exposto requer o paciente seja concedida a presente ordem de habeas corpus para, reconhecendo a inofensividade da conduta (porte de menos de 1 grama de maconha), aplicar-se o princípio da insignificância para considerar atípica a conduta do paciente.

Termos em que,

Requer deferimento.

Brasília, 20 de setembro de 2011.

DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER

OAB/SC 14.909

(e-STJ Fl.8)

Petição

ANEXO 2 – RELATÓRIO DA DECISÃO DO HC 110.475/SC

14/02/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 110.475 SANTA CATARINA

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S) :DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER

PACTE.(S) :PABLO LUIZ MALKIEWIEZ

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Habeas corpus, sem pedido de liminar, impetrado pela advogada Daisy Cristine Neitzke Heuer em favor de Pablo Luiz Malkiewiez, buscando ver declarada extinta a punibilidade do paciente pelos fatos que lhe são imputados na Ação Penal nº 008.06.006996-9, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau/SC, em razão de atipicidade da conduta.

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 168.049/SC impetrado àquela Corte, Relator o Ministro Gilson Dipp. A impetrante sustenta, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, uma vez que ele foi condenado, por sentença de 12/2/09, à pena de três (3) meses e quinze (15) dias de prestação de serviços à comunidade, pela prática de porte de entorpecente (art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06), decisão essa que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Impetrado habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça, visando ao reconhecimento da atipicidade da conduta, em vista de sua insignificância, foi a ordem denegada.

Requer a impetrante a concessão da ordem e a extinção da ação penal, em razão da atipicidade material da conduta, determinada pela aplicação do princípio da insignificância.

Em 27/9/11, não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando os autos devidamente instruídos com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei as informações da autoridade coatora.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador- Geral da República Dr. Mario José Gisi, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, o presente habeas corpus volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual denegou a ordem no HC nº 168.049/SC interposto àquela Corte, da relatoria do Ministro Gilson Dipp. Tem como objetivo a extinção da ação penal instaurada contra o paciente, em razão da atipicidade material da conduta, determinada pela aplicação do princípio da insignificância.

Eis a ementa daquela decisão:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Na hipótese, o acórdão transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. III. A análise do pedido de aplicação ao caso do Princípio da Insignificância demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. IV. Ordem não conhecida” (www.stj.jus.br).

Em relação ao pedido de aplicação do princípio da insignificância formulado pela defesa, penso que o mesmo merece acolhida.

Ao fazê-lo, tenho para mim - na linha das decisões proferidas em causas análogas à que ora se examina (HC nº 94.809/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 24/10/98; 91.074/SP, Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/12/98; HC nº 101.759/MG, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 27/08/10), ressaltando que no presente caso não se cuida de hipótese de posse de entorpecente no interior de instituição castrense, em que, por maioria o Plenário desta Corte entendeu incabível a aplicação do postulado da insignificância (HC nº 103.684/DF, da relatoria do Min. Ayres Britto, DJe 05/11/10) - que assiste razão à parte ora impetrante quanto à tese de aplicabilidade ao crime de porte e guarda de substância entorpecente (Lei nº 6.368/76, art. 16, atualmente art. 28 da Lei nº 11.343/06) do postulado da insignificância, o qual tem o condão de descaracterizar a tipicidade penal do fato em referência, analisada em sua perspectiva material.

Como bem sustentado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Mario José Gisi, em seu parecer (anexo de instrução), na hipótese em exame, que versa sobre o porte de 0,6 gramas do entorpecente vulgarmente denominado “maconha”, penso que é o caso de reconhecimento da hipótese de 'crime de bagatela'.

Tenho por aplicável, desse modo, ao caso, o princípio da insignificância, cuja utilização tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal:

“O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à

própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. ” (HC nº 84.687/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27/10/06).

Cumpra-se assinalar, neste ponto, que esse entendimento encontra suporte em expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. In: Revista dos Tribunais, v. 789/439-456; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133/134, item nº 131; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6, item nº 9; JESUS, Damásio E. de. Direito Penal - Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1/10, item nº 11, h; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 113/118, item nº 8.2, v.g.).

Revela-se significativa a lição de Edilson Mougenot Bonfim e de Fernando Capez (Direito Penal - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121/122, item nº 2.1,) a propósito da matéria em questão:

“Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil 'minimis non curat praetor' e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.”

Na realidade, considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti (Curso de Direito Penal – Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68, item nº 51), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Sabe-se que a configuração da atipicidade, que permite o trancamento da persecução penal em face da aplicação do princípio da insignificância, tem lugar quando é possível verificar, no tocante à conduta perpetrada pelo agente, uma ofensividade mínima, quando a ação, apesar de encontrar tipificação no ordenamento jurídico pátrio, além de não representar periculosidade social, também revelar grau de reprovabilidade irrelevante, a par da ofensa levada a efeito não implicar lesão expressiva ao bem jurídico penalmente tutelado. Em tais circunstâncias, permite-se o reconhecimento do crime de bagatela, o qual é desprovido de caráter penal de maior relevância.

Relativamente ao usuário de substância entorpecente, o tema ainda suscita discussões quanto à aplicação da tese de bagatela. O fato é que, com acertos e desacertos, a legislação penal especial avançou significativamente no trato da questão, não mais permitindo a imposição de pena privativa de liberdade.

Atualmente, a Lei nº 11.343/06 prevê tratamento diferenciado ao usuário, de molde a possibilitar a sua recuperação, assim dispondo em seu art. 28:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I- advertência sobre os efeitos das drogas;

II- prestação de serviços à comunidade;

III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Nesse contexto, a conduta tida por criminosa, para além da adequação típica formal do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76, merece, nos dias atuais, acurado exame à luz da garantia da dignidade da pessoa humana, que impõe uma atuação seletiva, subsidiária e

fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade, quando efetivamente ofendidos (tipicidade material).

Assim, há que se averiguar a tipicidade material da conduta tida por criminosa, pois "crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade". (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 8).

O princípio da insignificância, como destacado pelo eminente Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento do HC nº 94.809/RS (Segunda Turma, DJe de 24/10/08), deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença de certos vetores, como (a) mínima ofensividade da conduta, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento incriminado e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Por último, destaco trecho da judiciosa manifestação do ilustre membro do Parquet, in verbis:

“Com razão a impetrante quanto à tese de aplicabilidade, ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, do princípio da insignificância. Como se sabe, o princípio da insignificância está estritamente ligado à ideia de que a apreensão penal da conduta deve constituir tutela de última razão, somente se fazendo incidir em casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. É que não se pode admitir desproporcionalidade entre meios e fins diante dos ditames da Constituição Federal, que afirma a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, caput. Por meio de sua aplicação, afasta-se a incidência do Direito Penal sobre comportamentos que, apesar de formalmente típicos, não apresentam relevância penal material. Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz, ‘por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não o sejam materialmente, dada sua irrelevância’ (QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001). Desse modo, observa-se que o princípio da insignificância jurídica é característica de um direito penal minimamente democrático, resultando daí, conforme preciso ensinamento de Cezar Bitencourt, a necessidade de ‘uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se

pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal' (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 11^a ed. atual. SP: Saraiva, 2007). Isso posto, consoante dispõe a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, afere-se a incidência do princípio da bagatela pela presença de determinados elementos, quais sejam: a ofensividade mínima da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. São observados, assim, os prejuízos causados pelo comportamento do agente, se de fato relevantes a ponto de atrair a tutela penal, de forma que a intervenção apenas venha a se materializar para prevenir ou reprimir condutas que, minimamente, provoquem lesão ao bem jurídico. Assentados tais fundamentos, parece-nos não haver qualquer óbice à aplicação do postulado da insignificância ao tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Com efeito, há grande controvérsia na jurisprudência brasileira acerca da aplicação do princípio da insignificância em casos de porte de ínfima quantidade de substância entorpecente para uso pessoal. A corrente que não reconhece o postulado da insignificância nessas hipóteses, o faz com suporte no argumento de que, por se tratar de delito de perigo presumido ou abstrato, torna-se irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Nessa esteira, muitos julgados afirmam que o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas esgota-se simplesmente no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, portanto, irrelevante que a quantidade de droga não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública ou do próprio indivíduo (RHC 22.372/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010; AgRg no REsp 612.357/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 19/06/2006; HC 32009/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 31/05/2004). Tais argumentos, entretanto, não são capazes de afastar a possibilidade de aplicação do princípio em análise aos casos em que é apreendida, em posse do agente, ínfima quantidade de entorpecentes para uso próprio. Senão, vejamos. Em primeiro lugar, é de se ver que o fato de o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06 configurar um delito de perigo abstrato não pode impedir, absolutamente, a aplicação do postulado da insignificância. Isso porque, mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma. É indispensável, pois, que se demonstre a aptidão da conduta em lesar o bem jurídico, não bastando que, pelo simples fato de figurar no rol de substâncias proibidas pela lei, se pressuponha, de forma absoluta, que qualquer quantidade de droga seja capaz de produzir danos à saúde pública. A exigência de efetiva lesão ao objeto de proteção da norma decorre de uma conformação da atuação jurídico-penal aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, tais como a subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima. De acordo com tais vetores, a atuação estatal apenas se legitima em situações

excepcionais, vale dizer, quando efetivamente se mostre necessária a medida punitiva.

(...)

Numa teoria do delito fundada em garantias, a subsunção das condutas aos tipos não se dá de maneira avalorada e automática. Nem sempre a prática de uma conduta ilícita, civil ou administrativamente, poderá resultar em uma sanção penal, tudo a depender do grau de violação do bem jurídico atingido. Isso porque existem condutas que, a despeito de se encaixarem na formulação literal dos tipos, são socialmente suportáveis.

(...)

A apreensão penal da conduta, com efeito, deve constituir tutela de última razão, somente se fazendo incidir em casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. Não se pode admitir num Estado, cujo ordenamento constitucional tenha como núcleo a dignidade da pessoa humana, a desproporcionalidade entre meios e fins. A esse respeito, dizem os ilustres professores Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista: [...] convém repudiar a ideia de bem jurídico tutelado, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do conceito limitador de bem jurídico afetado, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade, que requer também uma entidade mínima de afetação (por dano ou perigo), excluindo bagatelas ou afetações insignificantes. A presença de um bem jurídico alheio afetado permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução de um outro – o que implica na consideração da alteridade como pressuposto geral da intervenção penal. Neste sentido, pode-se afirmar que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo representa o outro no conflito jurídico-penal, constitui o seu signo no recorte típico, cabendo comparecer o chamado princípio da insignificância, que exclui a tipicidade nos casos de ínfimas e irrisórias afetações do bem jurídico, como defecção da alteridade (ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – Vol. I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 228). No caso em tela, a conduta perpetrada pelo agente, a toda evidência, não representa ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora contida no art. 28 da Lei 11.343/06. Note-se que o fato narrado na denúncia, qual seja a apreensão, em posse do paciente, de 0,6 gramas de maconha para uso próprio, embora formalmente típico, não apresenta nenhuma relevância material, por absoluta incapacidade de produzir um resultado que gere qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública. Assim sendo, a lesividade da conduta não pode ser simplesmente desprezada nos delitos de perigo presumido, sob pena de se concretizar uma intervenção jurídico penal inócua, desnecessária e ofensiva aos instrumentos de proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal. Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a

ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo.

(...)

Identificados, pois, os vetores que autorizam o reconhecimento do princípio da insignificância, há de se reconhecer a atipicidade da conduta, com a consequente absolvição do paciente.”

Sendo assim, pelas razões expostas, defiro o pedido de habeas corpus, para determinar o trancamento do procedimento penal instaurado contra o ora paciente (Processo nº 008.06.006996-9, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau/SC), invalidando todos os atos processuais desde a denúncia, inclusive, até a condenação imposta ao paciente, por ausência de tipicidade material da conduta que lhe foi imputada, considerando, para esse efeito, o princípio da insignificância.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, confesso que, não obstante a Lei 11.343/2006 continue a tipificar como crime a posse da droga para consumo próprio, aqui a circunstância que Vossa Excelência bem destaca é uma quantidade ínfima, 0,6% gramas, o que me leva a - como Vossa Excelência e na linha do parecer da Procuradoria - entender possível a aplicação do princípio da bagatela ou da insignificância.

Estou acompanhando Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, esse fato me conduz a um pequeno mergulho no meu passado. Por isso é que a minha primeira atividade na magistratura foi o exercício da função judicante, na Comarca de Niterói. Recordo-me de que isso se deu nos idos de 1982: um jovem foi efetivamente preso com uma ínfima quantidade de maconha. Aquela audiência se passou realmente num ambiente extremamente dramático em que a família foi surpreendida com a atitude do jovem que era completamente contrária a todos os princípios em que ele fora educado. Enfim, aquela microtragédia familiar revelou que, às vezes, só o fato desse jovem primário, de bons antecedentes, ter respondido a esse processo, ter se submetido a uma audiência criminal, já deve ter-lhe servido de uma lição bastante exata.

Então, aqui, fazemos uma ponderação entre o crime e o castigo, a proporcionalidade disso. E confesso a Vossa Excelência que, não como tese jurídica para não gerar um estímulo, mas, que, no caso concreto, entendo que se deva aplicar esse entendimento ponderado de Vossa Excelência e conceder a ordem, enfim, para os fins que Vossa Excelência já se pronunciou.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, neste caso, lendo, vou acompanhar Vossa Excelência. Eu não partilho nem um pouco - o que eu tenho visto e anotado, só com os jovens mesmos, nós sabemos, até nas nossas faculdades, o que o uso de uma droga pode fazer -, mas eu reconheço que, em um caso como este em que foi 0,6 gramas de maconha para uso próprio, o ônus disso pode ser muito maior.

Eu quero um dia ter a crença do Ministro Fux de achar que uma situação como esta é suficiente para servir de lição. A droga é vício – não quero plagiar muito mal um autor que diz que: a droga é uma droga e é só isso, e é mesmo -, o mal que está fazendo à sociedade: hoje os dois maiores problemas da humanidade talvez sejam droga e corrupção, que são duas drogas. Eu não acho que realmente o processo seja suficiente para dar um susto na pessoa e que ela pare, porque nós sabemos que é muito mais complexo do que isso.

Mas, de toda sorte, as consequências de uma apenação em monte que às vezes pode gerar mais conflitos, mais fragilidades para uma pessoa - que quem entra num vício, normalmente qualquer vício, já está fragilizada, porque, aprumadas na vida, as pessoas não entram em vício.

Então, por conta disso e dessas condições específicas - aqui como Vossa Excelência alertou está no parecer também, não haver outros dados que pudessem de alguma forma infirmar essa pessoa e que pode realmente ter neste processo mais um fator de desequilíbrio a gerar mais dependência - é que eu acompanho Vossa Excelência, especificamente por essas condições, porque eu ainda me permito pensar melhor sobre a aplicação desse princípio da insignificância, já que toda droga realmente, para mim, não pode ser considerada nem juridicamente tão insignificante, mas o comportamento que seria tipificado que me leva a acompanhar Vossa Excelência, neste caso especificamente.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 110.475**

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S) : DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER

PACTE.(S) : PABLO LUIZ MALKIEWIEZ

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 14.2.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Coordenadora